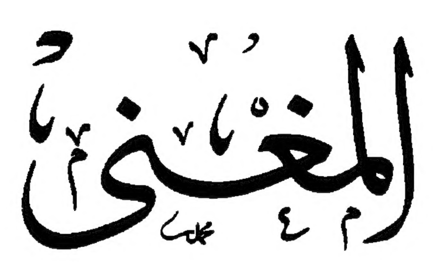


لمُوفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة
المقْدسيّ الجَمَّاعِيلىّ الدِّمَشْقىّ الصَّالحِيّ الحَنْبَلِيّ
٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

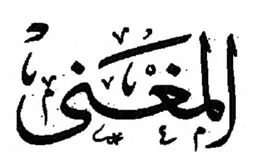
الدكتور
عبد الله بن عبد المحسن التركي

الدكتور
عبد الفتاح محمد الحلو

الجزء التاسع

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض





الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

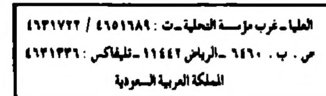
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة





العليا ـ غرب مؤسسة التحلية ـ ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢

ص . ب . ٦٤٦٠ ـ الرياض ١١٤٤٢ ـ تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦

المملكة العربية السعودية

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتابُ الفَرائِضِ

رَوَى أبو دَاوُدَ ، بإسْنادِهِ ، عن عبدِ اللهِ بنِ عَمْرِو بنِ العَاصِ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « الْعِلْمُ ثَلاثَةٌ ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ فَضْلٌ ؛ آيَةٌ مُحْكَمَةٌ ، وَسُنَّةٌ قَائِمَةٌ ، وَفَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ »[1] . وعن أبي هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ، وعَلِّمُوهُ ، فَإنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ ، وَهُوَ يُنْسَى ، وَهُوَ أوَّلُ شَيْءٍ يُنْتَزَعُ مِن أُمَّتِي » . أخْرَجَهُ ابنُ مَاجَه[2] . ويُروَى عن عبدِ اللهِ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ، وَعَلِّمُوهَا النَّاسَ ، فَإنِّي امْرُؤٌ مَقْبُوضٌ ، وإنَّ العِلْمَ سَيُقْبَضُ ، حَتَّى يَخْتَلِفَ الرَّجُلَانِ فِي الفَرِيضَةِ ، فَلَا يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا »[3] . ورَوَى سعيدٌ[4] ، عن جَرِيرِ بنِ عبدِ الحميدِ ، عن الأَعْمَشِ ، عن إبراهيمَ قال : قال عمرُ (٥ بنُ الخطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عنه ٥) : تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ ؛ فإنَّهَا مِنْ دِينِكُم . وعن جَرِيرٍ ، عن عاصِمٍ الأَحْوَلِ ، عن مُوَرِّقٍ

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١٠٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب اجتناب الرأى والقياس ، من المقدمة . سنن ابن ماجه ١ / ٢١ . والبيهقى ، فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٨ . والحاكم ، فى : باب العلم ثلاثة آية محكمة ... ، من كتاب الفرائض . المستدرك ٤ / ٣٣٢ .

(٢) فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٨ .

كما أخرجه الترمذى بنحوه ، فى : باب ما جاء فى تعليم الفرائض ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤١ . والبيهقى ، فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٩ .

(٣) أخرجه الدارمى ، فى : باب الاقتداء بالعلماء ، من المقدمة . سنن الدارمى ١ / ٧٢ ، ٧٣ . والبيهقى ، فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من أبواب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٨ . والدارقطنى ، فى : باب كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٨١ ، ٨٢ . والحاكم ، فى : باب تعلموا الفرائض وعلموه الناس ... ، من كتاب الفرائض . المستدرك ٤ / ٣٣٣ .

(٤) فى : باب الحث على تعليم الفرائض . سنن سعيد بن منصور ١ / ٢٨ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٤١ . والبيهقى ، فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٩ .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

العِجْلِيِّ ، قال : قال عمرُ بنُ الخطَّابِ ، رضى اللهُ عنه : تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ ، واللَّحْنَ ، والسُّنَّةَ ، كما تَعلَّمُونَ القُرْآنَ[٦] . وقال : حدَّثَنا أبو الأَحْوصِ ، أخبرَنا أبو إسحاقَ ، عن أبى الأَحْوصِ ، عن عبدِ اللهِ قال : مَنْ تَعلَّمَ القُرْآنَ فَلْيَتَعَلَّمِ الفَرَائِضَ .

ورَوَى جابرُ بنُ عبدِ اللهِ ، قال : جاءَتِ امْرَأةُ سَعْدِ بنِ الرَّبيعِ إلى رسولِ اللهِ ﷺ بابْنَتَيْهَا مِنْ سَعْدٍ ، فقالتْ : يا رسولَ اللهِ ، هاتَانِ ابْنَتَا سَعْدِ بنِ الرَّبيعِ ، قُتِلَ أبوهُما معك فى أُحُدٍ شَهِيدًا ، وإنَّ عمَّهُما أخذَ مالَهما ، ولا يُنْكَحَانِ إلَّا ولَهُما مالٌ . قال : فنزلَتْ آيةُ المِيرَاثِ ، فأرسلَ رسولُ اللهِ ﷺ إلى عمِّهِمَا ، فقال : « أَعْطِ ابْنَتَىْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ ، وَأُمَّهُمَا الثُّمُنَ ، وَمَا بَقِىَ فَهُوَ لَكَ » . رَواه أحمدُ ، فى « مُسْنَدِه »[٧] .

٨٢/٦و **٩٩٤ – مسألة ؛ قال أبو القَاسِمِ ، رحِمه اللهُ : (وَلَا يَرِثُ أَخٌ ، وَلَا أُخْتٌ / لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ ، مَعَ ابْنٍ ، وَلَا مَعَ ابْنِ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ ، وَلَا مَعَ أَبٍ)**

أجمَعَ أهلُ العِلْمِ عَلى هذا ، بِحَمْدِ اللهِ ، وذَكَرَ ذلك ابنُ المُنْذِرِ ، وغيرُه . والأصْلُ فى هذا قولُ اللهِ تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾[١] الآية . والمُرَادُ بذلك الإخْوَةُ والأخَوَاتُ مِن الأبوَيْنِ ، أو مِن الأبِ ، بلا خِلافٍ بينَ أهْلِ العِلْمِ ؛ ولأنَّه قالَ : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ . وهذا حُكْمُ العَصَبَةِ ، فاقْتَضَتِ الآيَةُ أنَّهم لا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ؛ لأنَّ الكَلالَةَ مَن لَا وَلَدَ له ولا وَالِدَ ، خَرَجَ مِنْ ذلك البَنَاتُ ، والأُمُّ ؛

---

(٦) أخرجه الدارمى ، فى : باب فى تعلم الفرائض ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٤١ . والبيهقى ، فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٠٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الحث على تعليم الفرائض ، من ترجمة الباب . السنن ١ / ٢٥ .

(٧) المسند ٣ / ٣٥٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث البنات ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٢ ، ٢٤٣ . وابن ماجه ، فى : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٨ ، ٩٠٩ .

(١) سورة النساء ١٧٦ .

لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى مِيرَاثِهِم معهما ، بَقِىَ ما عَدَاهُما عَلَى ظَاهِرِهِ ، فيَسْقُطُ وَلَدُ الأَبَوَيْنِ ، ذَكَرُهم وأُنْثَاهم بِثَلَاثَةٍ ؛ بالابْنِ ، وابنِ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ ، وبالأَبِ . ويَسْقُطُ وَلَدُ الأَبِ بهؤلاءِ الثَّلاثَةِ ، وَبالأَخِ مِنَ الأبوَيْنِ ؛ لما رُوِىَ عن علىٍّ ، عليه السَّلَامُ ، أَنَّ رسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى بالدَّيْنِ قَبْلَ الوَصِيَّةِ[٢] ، ولأَنَّ أَعْيَانَ بَنِى الأُمِّ يَتَوارَثُونَ دُونَ بَنِى العَلَّاتِ ، يَرِثُ الرَّجُلُ أَخَاهُ لأَبِيه وأُمِّه دُونَ أَخِيهِ لأَبِيه . أَخْرَجَهُ التِّرمِذِىُّ[٣] .

٩٩٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَرِثُ أَخٌ وَلَا أُخْتٌ لِأُمٍّ ، مَعَ وَلَدٍ ، ذَكَرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ أُنْثَى ، وَلَا مَعَ وَلَدِ الابْنِ ، وَلَا مَعَ أَبٍ ، وَلَا مَعَ جَدٍّ)

وجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ وَلَدَ الأُمِّ ، ذَكَرَهم وأُنْثَاهم ، يَسْقُطون بأَرْبَعَةٍ ؛ بالْوَلَدِ ، ووَلَدِ الابْنِ، والأَبِ ، والجَدِّ أَبِ الأَبِ وإن عَلَا، أُجْمِعَ عَلَى هَذَا أَهْلُ العِلْمِ، فلا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنهم خَالفَ هذا ، إِلَّا روايةً شَذَّتْ عن ابنِ عباسٍ ، فى أَبَوَيْنِ ، وأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ ، لِلْأُمِّ الثُّلُثُ ، ولِلأَخَوَيْنِ الثُّلُثُ . وقِيلَ عنهُ : لهما ثُلُثُ الْبَاقِى . وهذا بَعِيدٌ جِدًّا . فإنَّ[١] ابن عَبَّاسٍ يُسْقِطُ الْإِخوَةَ كُلَّهم بالجَدِّ ، فكيف يُورِّثُ وَلَدَ الأُمِّ مَعَ الْأَبِ ! ولا خِلَافَ بينَ أَهْلِ العِلْمِ فى أَنَّ وَلَدَ الأُمِّ يَسْقُطون بالجَدِّ ، فكيف يَرِثونَ مع الأَبِ ! والأَصْلُ فى هذه الجُمْلَةِ قولُ اللهِ تَعالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ / فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِى الثُّلُثِ ﴾[٢] . والمُرادُ بِهَذِه الآيةِ الأَخُ والأُختُ مِنَ الأُمِّ ، بإجْماعِ أَهْلِ العِلْمِ . وَفى قِراءَةِ سَعْدِ بنِ أبى وَقَّاصٍ : « وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ مِنْ أُمٍّ » ، والْكَلَالَةُ فِى قَوْلِ الجُمْهُورِ : مَنْ ليس له وَلَدٌ ، وَلَا وَالِدٌ ، فشَرَطَ فى تَوْرِيثِهم عَدمَ الوَلِدِ والوَالِدِ ، والوَلَدُ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى ، والوَالدُ يَشْمَلُ الأَبَ والجَدَّ .

٦/٨٢ظ

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٩٠ .

(٣) فى : باب ما جاء فى ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٧ .

(١) فى م : « قال » .

(٢) سورة النساء ١٢ .

فصل : اخْتَلَفَ أَهْلُ العِلْمِ فى الْكَلالَةِ ، فقِيلَ : الْكَلالَةُ اسْمٌ لِلْوَرَثَةِ ، مَا عَدَا الْوَالِدِينَ ، والْمَوْلُودِينَ . نَصَّ أحمدُ على هذا . وَرُوِىَ عن أبى بكرٍ الصِّدِّيق ، رضى الله عنه ، أنَّهُ قال : الْكَلالَةُ مَنْ عَدَا الوَلَدَ والوَالِدَ[3] . واحْتَجَّ مَنْ ذَهَبَ إلَى هذا بِقَوْلِ الْفَرَزْدَقِ فى بنى أُمَيَّةَ[4] :

وَرِثْتُم قَنَاةَ الْمَجْدِ لَا عن كَلَالَةٍ ... عن ابْنَىْ مَنَافٍ عَبْدِ شَمْسٍ وَهَاشِمِ

وَاشْتِقَاقُهُ مِن الإِكْلِيلِ الَّذِى يُحِيطُ بالرَّأْسِ ، ولا يَعْلُو عليه ، فكأنَّ الوَرَثَةَ ماعَدا الوَلَدَ والوالدَ قد أحاطُوا بالمَيِّتِ مِنْ حَوْلِهِ ، لا مِنْ طَرَفَيْهِ أَعْلَاه وأَسْفَلِه ، كإِحَاطَةِ الإِكْلِيلِ بِالرَّأْسِ . فأمَّا الوَالِدُ والوَلَدُ فهما طَرَفا الرَّجُلِ ، فإذا ذَهَبا كانَ بَقِيَّةُ النَّسبِ كَلالةً . قالَ الشاعرُ :

فَكَيْفَ بِأَطْرَافِى إِذَا مَا شَتَمْتَنِى ... وَمَا بَعْدَ شَتْمِ الوَالِدَيْنِ صُلُوحُ[5]

وقالَتْ طائفةٌ : الكَلالَةُ اسمٌ للمَيِّتِ نَفْسِه ، الذى لا وَلَدَ له ولا وَالِدَ . يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عمرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ مَسْعودٍ . وقِيلَ : الْكَلالَةُ قَرابةُ الأُمِّ . واحْتَجُّوا بقولِ الفَرَزْدَقِ الذى أنشدْناه ، عَنَى أنَّكم ورِثْتُم المُلْكَ عن آبائِكم لا عَن أُمَّهاتِكم . ويُروَى عَن الزُّهْرِىِّ ، أنَّه قالَ : المَيِّتُ الذى لا وَلَدَ له ولا وَالِدَ كَلالةٌ ، ويُسمَّى وارِثُه كَلالةً . والآيتانِ فِى سورةِ النِّساءِ ، المُرادُ بالكَلالَةِ فيهما المَيِّتُ . ولا خِلافَ فى أنَّ اسمَ الكَلالةِ يَقَعُ على الإِخْوةِ مِن الجِهاتِ كلِّها . وقد دلَّ على صِحَّةِ ذلك قولُ جابرٍ : يا رسولَ الله ، كيف المِيراثُ ؟ إنَّما يَرِثُنى كَلالةٌ[6] . فجعلَ الوَارِثَ هو الكَلالَةَ ، ولم يكُنْ لجابرٍ يومَئذٍ وَلَدٌ

---

(3) أخرجه الدارمى ، فى : باب الكلالة ، من كتاب الفروض . سنن الدارمى 2 / 365 ، 366 . والبيهقى ، فى : باب حجب الأخوة والأخوات ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى 6 / 224 . وعبد الرزاق ، فى : باب الكلالة ، من كتاب الفرائض . المصنف 10 / 304 .

(4) ديوان الفرزدق 852 .

(5) البيت لعون بن عبد الله بن عتبة ، وهو فى اللسان والتاج (ص ل ح) و(ط ر ف) ، والجمهرة 2 / 164 ، ومعجم مقاييس اللغة 3 / 303 ، 448 .

(6) أخرجه البخارى ، فى : باب صب النبى ﷺ وضوءه على المغمى عليه ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب دعاء العائد =

ولا وَالِدٌ . وممَّن ذَهبَ إلى أنَّه يُشْترطُ فى الكَلَالَةِ عدمُ الوَلَدِ والوالدِ زيدٌ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والحسنُ ، وقَتَادةُ ، والنَّخَعِىُّ ، وأهلُ المدينةِ / والبَصرةِ والكُوفةِ . ويُروَى عنِ ابنِ عبَّاسٍ أنَّه قال : الكَلالَةُ مَن لا وَلَدَ له[7] . ويُروَى ذلك عن عمرَ . والصَّحِيحُ عنهما كقَوْلِ الجَماعةِ .

٦/٨٣و

٩٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَخَوَاتُ مَعَ الْبَنَاتِ عَصَبَةٌ ، لَهُنَّ مَا فَضَلَ ، وَلَيْسَتْ لَهُنَّ مَعَهُنَّ فَرِيضَةٌ مُسَمَّاةٌ)

العَصَبةُ هو الوَارِثُ بغَيرِ تَقديرٍ ، وإذا كانَ معه ذو فَرْضٍ أخذَ ما فضلَ عنه ، قَلَّ أو كَثُرَ . وإن انفردَ أخذَ الكلَّ . وإنِ اسْتغْرقَتِ الفُروضُ المالَ ، سَقَطَ . والمرادُ بالأخَواتِ هٰهُنا الأخواتُ مِن الأبوَيْنِ ، أو مِن الأبِ ؛ لأنَّه قد ذَكَرَ أنَّ ولَدَ الأُمِّ لا مِيراثَ لهم مع الوَلَدِ . وهذا قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، يُروَى ذلك عن عُمرَ ، وعلىٍّ ، وزَيدٍ ، وابن مَسعودٍ ، ومُعاذٍ ، وعائشةَ ، رضى اللهُ عنهم . وإليه ذهبَ عامَّةُ الفُقهاءِ إلَّا ابنَ عبَّاسٍ ، ومَن تابَعَه ، فإنَّه يُروَى عنه أنَّه كانَ[1] لا يَجْعَلُ الأخَواتِ مع البناتِ عَصَبةً ، فقالَ فى بنتٍ وأُختٍ : للبنتِ النِّصفُ ، ولا شىءَ للأُختِ . فقيلَ له : إنَّ عمرَ قَضَى بخِلافِ ذلك ، جعلَ للأُختِ النِّصفَ . فقالَ ابنُ عبَّاسٍ : أنتم أعلمُ أم الله ؟ يُرِيدُ قولَ اللهِ سبحانَه : ﴿ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾[2] . فإنَّما جعلَ لها المِيراثَ بشَرْطِ عدمِ الوَلَدِ . والحقُّ فيما ذهبَ إليه الجمهورُ ، فإنَّ ابنَ مَسْعودٍ قال فى بنتٍ ، وبنتِ ابنٍ ، وأُختٍ : لأقْضِينَّ فيها بقَضاءِ رسولِ اللهِ ﷺ ، للبنتِ النِّصفُ ، ولبنتِ

= للمريض ، من كتاب المرضى . صحيح البخارى ١ / ٦٠ ، ٧ / ١٥٧ . ومسلم ، فى : باب ميراث الكلالة ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٨ .

(٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب حجب الأخوة والأخوات ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب الكلالة ، من كتاب الفرائض . المصنف ١٠ / ٣٠٣ .

(١) سقط من : ا .

(٢) سورة النساء ١٧٦ .

الابنِ السُّدُسُ ، وما بَقِىَ فللأُختِ . رواه البُخاريُّ ، وغيرُه[3] . واحْتِجاجُ ابنِ عبَّاسٍ لا يدُلُّ على ما ذهبَ إليه ، بل يَدُلُّ على أنَّ الأختَ لا يُفرَضُ لها النِّصفُ مع الولدِ ، ونحن نَقولُ به ، فإنَّ ما تأْخُذُه مع البِنتِ ليس بفَرْضٍ ، وإنَّما هو بالتَّعصيبِ ، كميراثِ الأخِ . وقد وافقَ ابنُ عبَّاسٍ على ثُبوتِ ميراثِ الأخِ مع الولدِ مع قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾[4] . وعلى قِياسِ قولِه يَنْبَغى أن يَسْقُطَ الأخُ ؛ / لاشْتِراطِه فى تَوْرِيثِه منها عَدمَ وَلدِها ، وهو خلافُ الإجْماعِ[5] ، ثم إنَّ النَّبىَّ ﷺ ، وهو المبيِّنُ لكَلامِ اللهِ تعالى ، قد جَعلَ للأُختِ مع البِنتِ ، وبنتِ الابنِ الباقِىَ عن فرضِهما ، وهو الثُّلُثُ ، ولو كانت ابْنَتانِ وبنتُ ابنٍ ، لَسقَطَتْ بنتُ الابنِ ، وكانَ للأُختِ الباقى ، وهو الثُّلُثُ . فإن كانَ معهم أمٌّ فلها السُّدسُ ، ويَبقى للأُختِ السُّدسُ . فإن كانَ بدلَ الأُمِّ زوجٌ ، فالمسألةُ مِن اثْنَىْ عشَرَ ، للزَّوجِ الرُّبعُ ، للابْنتَيْن الثُّلُثانِ ، وبَقِىَ[6] للأُختِ نِصْفُ السُّدسِ . فإن كان معهم أمٌّ ، عالَتِ المسْألةُ ، وسَقَطَتِ الأُخْتُ .

٨٣/٦ظ

٩٩٧ – مسألة ؛ قال : (وَبَنَاتُ الابْنِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنَاتِ ، إذَا لَمْ يَكُنْ بَنَاتٌ)

أجمعَ أهلُ العلمِ على أنَّ بناتَ الابنِ بمَنْزِلةِ البَناتِ عندَ عَدَمِهنَّ فى إرْثِهن ، وحَجْبِهنَّ لمَن يَحجُبه البناتُ ، وفى جَعْلِ الأخواتِ مَعهنَّ عَصَباتٍ ، وفى أنَّهنَّ إذا استكملْنَ الثُّلُثَيْنِ سقَطَ من أسْفَلَ منهنَّ بناتُ الابنِ ، وغيرِ ذلك . والأصلُ فى ذلك قولُ اللهِ عزَّ

---

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ، وباب ميراث الأخوات مع البنات عصبة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨ / ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى ميراث الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١٠٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث ابنة الابن ... ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٤ ، ٢٤٥ . وابن ماجه ، فى : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض ٢ / ٩٠٩ . والدارمى ، فى : باب فى بنت وابنة ابن ... ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

(٥) فى م : « الاجتماع » .

(٦) فى م : « ويبقى » .

وجل : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾[1] . وولدُ البَنِينَ أولادٌ ؛ قال الله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾[2] يُخاطِبُ بذلكَ أُمَّةَ محمدٍ ﷺ . وقالَ : ﴿ يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾[3] يُخاطبُ بذلك مَن في عَصْرِ النبيِّ ﷺ منهم . وقال الشاعرُ[4] :

بَنُونَا بَنُو أبنائِنا ، وبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أبناءُ الرِّجالِ الأباعِدِ[5]

٩٩٨ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كُنَّ بَنَاتٌ وبَنَاتُ ابْنٍ ، فَلِلْبَنَاتِ الثُّلُثانِ ، ولَيسَ لِبَنَاتِ الابنِ شيءٌ ، إلَّا أنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ ، فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ)

أجمعَ أهلُ العِلمِ على أنَّ فَرضَ الابْنَتَيْنِ الثُّلُثانِ ، إلَّا روايةً شَذَّتْ[1] عن ابنِ عبَّاسٍ ، أنَّ فَرضَهما النِّصفُ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾[2] . فمفهومُه أنَّ ما دونَ الثَّلاثِ ليس لهما الثُّلثانِ . والصَّحِيحُ قولُ الجماعةِ ، فإنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لأخِي سعدِ بنِ الرَّبيعِ : / « أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ »[3] . وقال الله تعالى في الأَخواتِ : ﴿ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾[4] . وهذا تَنبيهٌ على أنَّ للبِنْتَيْنِ الثُّلثينِ ؛ لأنَّهما أقربُ ، ولأنَّ كلَّ مَن يَرِثُ الواحِدُ منهم النِّصفَ فلِلاثْنَتَيْنِ منهم الثُّلثانِ ، كالأَخواتِ مِن الأبوَيْنِ ، والأَخواتِ من الأبِ ، وكلُّ عَددٍ يَخْتَلِفُ فَرضُ واحِدِهم وجَماعتِهم فلِلاثْنَيْنِ منهم مِثلُ فَرْضِ الجماعةِ ، كوَلَدِ الأُمِّ ، والأَخواتِ مِن

٦/٨٤و

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٣) سورة البقرة ٤٠ ، ٤٧ ، ١٢٢ ، وسورة المائدة ٧٢ ، وسورة طه ٨٠ ، وسورة الصف ٦ .

(٤) تقدم في : ٨ / ٢٠٣ .

(٥) في ا : « الرجال الأجانب » . وسقط عجز البيت من : الأصل .

(١) في م : « شاذة » .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

الأَبوين ، أو مِن الأبِ ، فأمّا الثّلاثُ مِن البناتِ فما زادَ ، فلا خِلافَ فى أنّ فرضَهُنّ الثُّلُثانِ ، وأنّه ثابتٌ بقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ .
واختُلِفَ فيما ثَبتَ به فَرضُ الابنتَيْنِ ، فقِيلَ : ثَبتَ بهذه الآيةِ ، والتّقديرُ ، فإنْ كُنَّ نِساءً اثنتَيْنِ ، وفوقَ صِلَةٌ ، كقولِه : ﴿ فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ ﴾[5] . أى اضرِبُوا الأَعْناقَ .
وقد دَلّ على هذا أنّ النبىَّ ﷺ حين نزلَتْ هذه الآيةُ ، أرسلَ إلى أخِى سعدِ بن الرَّبيعِ : « أَعْطِ ابْنَتَىْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ » . وهذا مِن النبىِّ ﷺ تفسيرٌ للآيةِ ، وبيانٌ لمعناها ، واللّفظُ إذا فُسِّرَ كان الحُكمُ ثابتًا بالْمُفسَّرِ لا بالتّفسيرِ . ويَدلُّ على ذلك أيضًا أنّ سببَ نُزولِ الآيةِ قِصةُ بِنتَىْ سعدِ بنِ الرَّبيعِ ، وسؤالُ أمِّهما عن شأْنِهما فى مِيراثِ أبيهما . وقيلَ : بل ثَبتَ بهذه السُّنّةِ الثابتةِ . وقيلَ : بل ثبتَ بالتّنبيهِ الذى ذكرْناه . وقيلَ : بل ثبتَ بالإجْماعِ .
وقيلَ : بالقِياسِ . وفى الجملةِ فهذا حُكمٌ قد أُجْمِعَ عليه ، وتَواردَتْ عليه الأَدِلّةُ التى ذكَرْناها كلُّها ، فلا يَضرُّنا أَيُّها أثبتَه . وأجمعَ أهلُ العِلمِ على أنّ بناتِ الصُّلْبِ مَتى استَكْمَلْنَ الثُّلُثَيْنِ ، سقَطَ بناتُ الابنِ ، ما لم يَكُنْ بإزائِهن ، أو أسْفَلَ مِنهنّ ذكرٌ يُعصِّبُهُنّ ؛ وذلك لأنّ اللهَ تعالى لم يَفرِضْ لِلأَوْلادِ إذا كانوا نِساءً إلّا الثُّلُثَيْنِ ، قَليلاتٍ كُنّ أو كَثيراتٍ ، وهؤلاءِ لم يَخْرُجْنَ عن كَوْنِهنّ نِساءً مِن الأَوْلادِ ، وقد ذَهبَ الثُّلُثان لوَلَدِ الصُّلْبِ ، / فلم يَبْقَ لهُنّ شىءٌ ، ولا يُمْكِنُ أن يُشارِكْنَ بناتِ الصُّلْبِ ؛ لأنّهنّ دونَ دَرَجتِهن ، فإن كانَ مع بناتِ الابنِ ابنٌ فى دَرَجتِهِنّ ، كأَخيهِنّ ، أو ابنِ عَمِّهن ، أو أنْزَلَ منهنّ كابنِ أخِيهِنّ ، أو ابنِ ابنِ عَمِّهنّ ، أو ابنِ ابنِ ابنِ عمِّهِنّ ، عَصَّبهُنّ فى الباقى ، فجُعِلَ بينهم للذَّكرِ مِثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ . وهذا قولُ عامّةِ العُلماءِ . يُروَى ذلك عن علىٍّ ، وزيدٍ ، وعائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قالَ مالكٌ ، والثّورىُّ ، والشّافعىُّ ، رضى اللهُ عنهم ، وإسحاقُ ، وأَصحابُ الرَّأْىِ . وبه قال سائرُ الفُقهاءِ إلّا ابنَ مَسْعودٍ ومَن تَبِعَه[6] ؛ فإنّه خالفَ الصَّحابةَ فى سِتِّ مَسائلَ مِن الفَرائضِ ، هذه إحْداهُنّ ، فجعلَ الباقِىَ للذَّكرِ دونَ

٦/٨٤ظ

---

(٥) سورة الأنفال ١٢ .

(٦) فى م : « اتبعه » .

أخواتِه . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّ النساءَ مِن الأولادِ لا يَرِثْنَ أكثرَ مِن الثُّلُثَيْنِ ؛ بدَليلِ ما لو انْفَرَدْنَ ، وتَوريثُهنَّ هـٰهُنا يُفضِي إلى تَوريثِهن أكثرَ من ذلك . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[7] . وهؤلاء يَدْخُلون في عُمومِ هذا اللفظِ ؛ بدَليلِ تَناوُلِه لهم لو لم يَكُنْ بناتٌ . وعدمُ البناتِ لا يُوجِبُ لهم هذا الاسْمَ . ولأنَّ كلَّ ذكرٍ وأُنثى يَقْتَسِمون المالَ إذا لم يكُنْ معهم ذو فَرْضٍ ، يجِبُ[8] أن يَقْتَسِما الفاضِلَ عنه ، كأولادِ الصُّلْبِ ، والإِخوةِ مع الأخواتِ . وما ذَكروه فهو في الاسْتِحْقاقِ للفَرْضِ . فأمَّا في مَسْألتِنا فإنَّما يَستحِقُّونَ بالتَّعصيبِ ، فكانَ مُعْتبَرًا بأولادِ الصُّلْبِ ، والإِخوةِ والأخواتِ ثَمَّ ، ويَبْطُلُ ما ذَكرُوه بما إذا خلَّفَ ابنًا وسِتَّ بنَاتٍ ، فإنَّهنَّ يأخذْنَ ثلاثةَ أرباعِ المالِ . وإن كُنَّ ثمانيًا ، أخذْنَ أربعةَ أخماسِه . وإن كُنَّ عَشرًا ، أخذْنَ خمسةَ أسْداسِه . وكُلَّما زِدْنَ في العَدَدِ ، زَادَ اسْتِحْقاقُهنَّ .

فصل : وابنُ ابنِ الابنِ يُعَصِّبُ مَن في دَرَجتِه مِن أخواتِه ، وبناتِ عمِّه ، وبناتِ ابنِ عمِّ أبيه ، على كلِّ حالٍ . ويُعَصِّبُ مَن هو أعْلَى منه من عمَّاتِه ، وبناتِ عمِّ أبيه ، ومَن فوقَهنَّ بشَرْطِ أن لا[9] يَكُنَّ ذواتِ فَرْضٍ ، ويُسْقِطُ مَن هو أنْزَلُ منه ، كبَناتِه ، / وبناتِ أخيه ، وبَناتِ ابنِ عمِّه . فلو خلَّفَ الميِّتُ خمسَ بناتِ ابنٍ ، بعضُهنَّ أنْزَلُ مِن بعضٍ ، لا ذَكَرَ معَهُنَّ ، وعَصَبة ، كان للعُليا النِّصفُ ، وللثانية السُّدُسُ ، وسقطَ سائرُهُنَّ ، والباقي للعَصَبَةِ . فإن كانَ مع العُليَا أخوها ، أو ابنُ عمِّها ، فالمالُ بينَهما على ثَلاثةٍ ، وسقطَ سائرُهُنَّ . فإن كانَ مع الثانيةِ عَصَّبها ، وكان للعُلْيا النِّصفُ[10] ، والباقي بيْنَه وبينَ الثانيةِ على ثلاثةٍ . وإن كانَ مع الثَّالثةِ ، فلِلْعُليَا النِّصفُ ، ولِلثَّانيةِ السُّدُسُ ، والباقي بينه وبينَ الثالثةِ على ثلاثةٍ . وإن كانَ مع الرابعةِ ، فللعُلْيا النِّصفُ ، وللثانيةِ السُّدُسُ ، والباقي بينه وبينَ الثالثةِ والرابعةِ على أربعةٍ . وإن كانَ مع الخامسةِ ، فالباقي بعدَ فرضِ الأُولَى والثانيةِ ،

٦/٨٥ و

---

(٧) سورة النساء ١١ .

(٨) في م : « فيجب » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م زيادة : « وللثانية السدس » .

بينَه وبينَ الثالثةِ والرابعةِ والخامسةِ على خمسةٍ . وتَصِحُّ مِن ثلاثين . وإن كانَ أنْزَلَ من الخامسةِ ، فكذلك . ولا أعلمُ فى هذا خلافًا بين القائلينَ بتَوْرِيثِ[11] بناتِ الابنِ مع بَنى الابنِ بعدَ اسْتِكمالِ الثُّلُثَين .

٩٩٩ ــ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَبَنَاتُ ابْنٍ ، فَلِابْنَةِ الصُّلْبِ النِّصْفُ ، وَلِبَنَاتِ الِابْنِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِن ذٰلِكَ[1] السُّدُسُ ، تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِىَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)

فى هذه المسألةِ ثلاثةُ أحكامٍ ؛ أحدُها ، أنَّ للبنتِ الوَاحدةِ النِّصْفَ ، ولا خِلافَ فى هذا بين عُلَماءِ المسلمين ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾[2] . ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ قَضَى فى بِنتٍ وبنتِ ابنٍ وأُختٍ ، أنَّ للبِنْتِ النِّصفَ ، ولبنتِ الابنِ السُّدسَ ، وما بَقِىَ فَلِلأُخْتِ[3] . الثانى ، أنَّه إذا كانَ مع البِنتِ الوَاحدةِ بنتُ ابنٍ ، أو بناتُ ابنٍ ، فلِلْبِنتِ النِّصفُ ، ولبناتِ الابْنِ واحدةً كانت أو أكثرَ من ذلك السُّدُسُ ، تَكْمِلةُ الثُّلُثَيْنِ . وهذا أيضا مُجْمَعٌ عليه بين العَلماءِ . والأصلُ فيه قولُ اللهِ / تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾[2] . فَفَرضَ للبناتِ كلِّهن الثُّلُثَيْنِ . وبناتُ الصُّلبِ ، وبناتُ الابنِ كلُّهن نساءٌ مِن الأولادِ ، فكانَ لهنَّ الثُّلُثانِ بفَرْضِ الكِتابِ ، لا يَزِدْنَ عليه . واختَصَّتْ بنتُ الصُّلبِ بالنِّصْفِ ؛ لأنَّه مَفْروضٌ لها ، والاسمُ مُتناوِلٌ لها حَقِيقةً ، فيبْقَى للبقيَّةِ تمامُ الثُّلُثَيْـنِ . ولهذا قالَ الفُقهاءُ : لهنَّ السُّدسُ تَكْمِلةُ الثُّلُثَيْنِ . وقد رَوَى هُذَيْلُ[4] بنُ شُرَحْبِيل الأَوْدِىُّ قالَ :

٦/٨٥ظ

---

(١١) فى م : « بثبوت تعصيب » .

(١) فى م : « هذا » .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠ .

(٤) فى م : « هزيل » ، وتقدمت ترجمته فى : ٣ / ٢٦٠ .

سُئِلَ أبو موسى عن ابنةٍ ، وابنةِ ابنٍ ، وأُختٍ ، فقالَ : لِلابْنَةِ[5] النِّصفُ ، وما بَقِىَ فللأُختِ . فأتَى ابنَ مَسْعودٍ ، وأخْبَره بقولِ أبى موسى ، فقال : ﴿ لَقَدْ ضَلَلْتُ إِذًا وَمَا أَنَا مِنَ ٱلْمُهْتَدِينَ ﴾[6] ، ولكنْ أقْضِى فيها بقَضاءِ رسولِ اللهِ ﷺ ؛ للابْنَةِ[5] النِّصفُ ، ولابنةِ الابنِ السُّدسُ ، تَكْمِلةُ الثُّلثَيْنِ ، وما بَقِىَ فللأُختِ . فأتَيْنا أبا موسَى ، فأخبرْناه بقولِ ابنِ مَسْعودٍ ، فقالَ : لَا تَسْألُونِى عَن شَىءٍ ما دامَ هذا[7] الحَبْرُ فيكم . مُتَّفقٌ عليه بنَحوٍ مِن هذا المعنى[8] . الحكمُ الثالثُ ، إذا كانَ مع بَناتِ الابنِ ذَكَرٌ فى دَرَجتِهِنَّ فإنَّه يُعَصِّبُهُنَّ فيما بَقِىَ ، للذَّكرِ مِثلُ حظِّ الأُنثَيَيْنِ ، فى قولِ جُمهورِ الفُقَهاءِ مِن الصَّحابةِ ومَن بَعدَهم ، إلَّا ابنَ مَسْعودٍ فى مَن تابعَه ، فإنَّه خالفَ الصَّحابةَ فيها . وهذه المسألةُ الثانيةُ التى انْفرَدَ فيها عن الصَّحابةِ ، فقال : لِبَناتِ الابنِ الأضَرُّ بهِنَّ مِن المُقاسَمةِ أو السُّدُسُ ، فإن كانَ السدسُ أقلَّ ممَّا يَحصُلُ لهنَّ بالمُقاسَمةِ ، فَرضَه لهُنَّ ، وأعْطَى الباقىَ للذَّكرِ ، وإن كانَ الحاصلُ لَهُنَّ بالمُقاسمةِ أقَلَّ ، قاسَمَ بِهِنَّ . وبَنى ذلك على أصلِه فى أنَّ بنتَ الابنِ لا يُعَصِّبُها أخوها إذا استَكْمَلَ البناتُ الثُّلثَيْنِ ، إلَّا أنَّه ناقصٌ[9] فى المُقاسَمةِ إذا كانَ أضرَّ بِهِنَّ ، وكان يَنبغِى أن يُعطِيَهنَّ السُّدسَ على كلِّ حالٍ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[10] . ولأنَّه يُقاسِمُها لو لم يَكُنْ غيرَهما ، فقاسَمها مع بِنْتِ الصُّلْبِ ، / كما لو كانَتِ المُقاسَمةُ أضرَّ بهنَّ . وأصلُه الذى بَنى عليه فاسِدٌ ، كما قَدَّمنا . ‏٨٦/٦و

فصل : وحُكمُ بَناتِ ابنِ الابنِ مع بَناتِ الابنِ ، حُكمُ بَناتِ الابنِ مع بَناتِ الصُّلْبِ ، فى جَميعِ ما ذَكرْنا فى هاتينِ المسْألَتَيْنِ ، وفى أنَّه متى استَكْمَلَ مَن فوقَ السُّفلى الثُّلثَيْنِ ،

---

(٥) فى م : « للبنت » .

(٦) سورة الأنعام ٥٦ .

(٧) سقط من : م .

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠ .

(٩) لعل الصواب : « ناقض » .

(١٠) سورة النساء ١١ .

سَقَطَتْ إذا لم يكُنْ لها مَن يُعَصِّبُها ، سواءٌ كَمَلَ الثُّلثان لِمن فى درجةٍ واحدةٍ ، أو للعُلْيا ، أو التى تَلِيها . وكذلك كلُّ مَن نزلَتْ دَرجتُه مع مَن هو أعْلَى منه . وقد مثَّلْنا ذلك فى المسألةِ التى ذكَرْنا فى آخرِ المسألةِ التى قبلَ هذه .

١٠٠٠ – مسألة ؛ قال : (وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبِ بِمَنْزِلَةِ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ أَخَوَاتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، فَإِنْ كَانَ[1] أَخَوَاتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأَخَوَاتٌ لِأَبٍ ، فَلِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ[2] وَالْأُمِّ الثُّلُثَانِ ، وَلَيْسَ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ[2] شَيْءٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ . فَإِنْ كَانَتْ أُخْتٌ وَاحِدَةٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأَخَوَاتٌ لِأَبٍ ، فَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ ، وَلِلْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ السُّدُسُ ، تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)

وهذه الجملةُ كلُّها مُجْمَعٌ عليها بينَ عُلماءِ الأمصارِ ، إلَّا ما كانَ من خِلافِ ابنِ مَسْعودٍ ومَن تَبِعَه ، لسائرِ الصَّحابةِ والفُقهاءِ فى ولدِ الأبِ إذا استَكْمَلَ الأخواتُ من الأبوَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، فإنَّه جعلَ الباقىَ للذُّكورِ[3] مِن ولدِ الأبِ دونَ الإناثِ . فإن كانتْ أُختٌ واحدةٌ من أبوَيْنِ ، وإخوةٌ وأخواتٌ من أبٍ ، جَعَلَ للإناثِ مِن ولَدِ الأبِ الأضَرَّ بهِنَّ مِن المُقاسَمَةِ أو السُّدُسِ ، وجَعَلَ الباقىَ للذُّكورِ . كفِعْلِه فى ولدِ الابنِ مع البناتِ ، على ما مرَّ تَفصيلُه وشرحُه ، وقد سَبَقَ ذِكرُ حُجَّتِه وجوابِها ، بما يُغْنِى عن إعادتِه . فأمَّا فَرضُ الثُّلُثَيْنِ للأُخْتَيْنِ فصاعدًا ، والنِّصْفِ للواحدةِ المُفْرَدةِ ، / فثابتٌ بقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾[4] . ٨٦/٦ظ

(١) فى الأصل ، ا ، ب : « كن » .

(٢) فى م : « من الأب » .

(٣) فى م : « للذكر » .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

والمُرادُ بهذِهِ الآيةِ ولدُ الأبوَيْنِ ، وولَدُ[5] الأبِ بإجْماعِ أهلِ العلمِ . وروَى جابرٌ ، قال : قُلتُ: يا رسولَ اللهِ، كيفَ أصنَعُ في مالِي ولي أخَواتٌ؟ قال: فنزلَتْ آيةُ الميراثِ: ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ ﴾ . رواه أبو داودَ[6] . ورُوِيَ أنَّ جابرًا اشتكَى وعندَه سبعُ أخَواتٍ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « قَدْ أَنْزَلَ اللهُ فِى أَخَوَاتِكَ »[7] . فبيَّن لهنَّ الثُّلُثَيْنِ . وما زادَ على الأختَينِ في حكمِهما ؛ لأنَّه إذا كانَ للأختَينِ الثُّلُثانِ ، فالثَّلاثُ أخَواتٍ[8] فصاعدًا . وأمَّا سقوطُ الأخَواتِ مِن الأبِ ، باستِكْمالِ ولدِ الأبوَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، فلأنَّ[9] اللهَ تعالى إنَّما فرضَ للأخَواتِ الثُّلُثَيْنِ ، فإذا أخذَه ولدُ الأبوَيْنِ ، لم يَبْقَ ممَّا فرضَه اللهُ تعالى لِلأخَواتِ شيءٌ يَستَحِقُّه ولدُ الأبِ ، فإن كانتْ واحدةً من الأبوَيْنِ ، فلها النِّصْفُ بنَصِّ الكتابِ ، ويَبقَى من الثُّلُثَيْنِ المفروضةِ لِلأخَواتِ سُدُسٌ ، يُكَمَّلُ به الثُّلُثانِ ، فيكونُ للأخَواتِ لِلأبِ . ولذلك قالَ الفُقَهاءُ : لَهُنَّ السُّدُسُ ، تَكْمِلةُ الثُّلُثَيْنِ . فإن كانَ ولدُ الأبِ ذُكورًا وإناثًا ، فالباقِي بينهم ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[10] . ولا يُفارِقُ ولدُ الأبِ مع وَلدِ الأبوَيْنِ ولدَ الابنِ مع ولدِ الصُّلْبِ ، إلَّا في أنَّ بنتَ الابنِ يُعَصِّبُها ابنُ أخِيها ومَن هو أنزلُ منها ، والأختُ من الأبِ لا يُعَصِّبُها إلَّا أخوها ، فلو استكمَلَ الأخَواتُ مِن الأبوَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، وثَمَّ أخَواتٌ مِن أبٍ وابنِ أخٍ لَهُنَّ ، لم يَكُنْ للأخَواتِ للأبِ شيءٌ ، وكانَ

---

(5) في الأصل ، ا : « أو ولد » .

(6) في : باب في الكلالة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود 2 / 107 .

كما أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم ... ﴾ ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب ما كان النبي ﷺ يسأل مما لم ينزل عليه الوحي ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخاري 8 / 185 ، 9 / 124 . ومسلم ، في : باب ميراث الكلالة ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم 3 / 1234 . والترمذي ، في : باب ميراث الأخوات ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذي 8 / 249 . وابن ماجه ، في : باب الكلالة ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه 2 / 911 .

(7) أخرجه أبو داود ، في : باب من كان ليس له ولد وله أخت ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود 2 / 108 . والإمام أحمد ، في : المسند 3 / 372 .

(8) في ا : « أخوات » .

(9) في ا : « فإن » .

(10) سورة النساء 176 .

الباق لابنِ الأخ ؛ لأنَّ ابنَ الابنِ وإن نزلَ ابنٌ ، وابنَ الأخِ ليس بأخ .

٨٧/٦و **فصل** : أربعةٌ مِن الذُّكورِ يُعَصِّبونَ أخواتِهم ، / فيَمْنعونَهُنَّ الفَرْضَ ، ويَقْتَسِمونَ ما وَرِثوا ، للذَّكرِ مثلُ حظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وهم الابنُ ، وابنُ الابنِ وإن نَزَلَ ، والأخُ مِن الأَبوَيْنِ ، والأخُ مِن الأبِ . وسائرُ العَصَبَاتِ يَنْفَرِدُ الذُّكورُ بالميراثِ دونَ الإناثِ ، وهم بنو الأخِ والأعْمامِ ، وبنُوهم ؛ وذلك لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[11] . فهذه الآيةُ تناولَت الأولادَ ، وأولادَ الابنِ . وقال تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . فتناولَتْ ولدَ الأبوَيْنِ ، وولدَ الأبِ . وإنَّما اشْتَرَكُوا ؛ لأنَّ الرِّجالَ والنساءَ كلُّهم وُرَّاثٌ ، فلو فُرِضَ للنِّساءِ فَرْضٌ أفْضَى إلى تَفْضِيلِ الأُنثَى على الذَّكَرِ ، أو مُساواتِها إيَّاه ، أو إسْقاطِه بالكُلِّيَّةِ ، فكانَتِ المُقاسَمةُ أعدَلَ وأوْلَى . وسائرُ العَصَباتِ[12] ليس أخواتُهم مِن أهلِ الميراثِ ، فإنَّهنَّ لسنَ بذواتِ فَرْضٍ ، ولا يَرِثْنَ مُنْفَرِداتٍ ، فلا يَرِثْنَ مع أخواتِهِنَّ شيئًا . وهذا لا خِلافَ فيه ، بحمدِ اللهِ ومَنِّه .

١٠٠١ – مسألة ؛ قال : (وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ ، إذَا لَمْ يَكُنْ إلَّا أَخٌ وَاحِدٌ أَوْ أُخْتٌ وَاحِدَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ[1] وَلَد ، وَلَا وَلَدُ ابْنٍ . فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ، أَوْ أَخَوَانِ ، أَوْ أُخْتَانِ ، فَلَيْسَ لَهَا إلَّا السُّدُسُ)

وجملةُ ذلك أنَّ للأُمِّ ثلاثةَ أحْوالٍ : حالٌ تَرِثُ فيها الثُّلُثَ بشَرْطَيْنِ ؛ أحدُهما ، عَدَمُ الوَلَدِ ، ووَلَدِ الابنِ ، مِن الذُّكورِ والإناثِ . والثاني ، عَدَمُ الاثْنَيْنِ فصاعدًا مِن الإخوةِ والأخواتِ ، مِن أيِّ الجهاتِ كانوا ، ذُكورًا وإناثًا ، أو ذُكورًا أو إناثًا ، فلها في هذه الحالِ الثُّلُثُ . بلا خلافٍ نَعلمُه بينَ أهلِ العلمِ . الحالُ الثاني ، لها السُّدُسُ ، إذا لم

---

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) في م : « العصابات » .

(١) سقط من : م .

يَجتمِعِ الشَّرطانِ ، بل كانَ للميِّتِ ولدٌ ، أو ولدُ ابنٍ ، أو اثنانِ من الإخوةِ والأخواتِ . في قولِ جُمْهورِ الفُقَهاءِ . وقال ابنُ عَبَّاسٍ : لا يَحْجُبُ الأُمَّ عن الثُّلثِ إلى السُّدسِ مِن الإخوةِ والأخواتِ إلَّا ثلاثةٌ . / وحُكِيَ ذلك عن مُعاذٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾[2] . وأقلُّ الجمعِ ثلاثةٌ . ورُوِيَ أنَّ ابنَ عباسٍ قال لعُثمانَ ، رَضِيَ اللهُ عنه : ليس الأخَوان إخوةً في لِسانِ قومِكَ ، فلم تَحْجُبُ بهما الأُمَّ ؟ فقالَ : لا[3] أستطيعُ أنْ أرُدَّ شيئًا كانَ قَبْلِي ، ومَضَى في البُلدانِ ، وتوارَثَ النَّاسُ به . ولَنا ، قولُ عثمانَ هذا ، فإنَّه يَدُلُّ على أنَّه إجْماعٌ تَمَّ قَبْلَ مُخالفةِ ابنِ عبَّاسٍ . ولأنَّ كلَّ حَجْبٍ تَعَلَّقَ[4] بعَدَدٍ كان أوَّلُه اثنَيْنِ ، كحَجْبِ البناتِ بناتِ الابْنِ ، والأخَواتِ مِن الأبوَيْنِ الأخواتِ مِن الأبِ ، والإخوةُ تُستعمَلُ في الاثنينِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[5] . وهذا الحُكمُ ثابتٌ في أخٍ وأُختٍ . ومِن أهلِ اللُّغةِ مَن يَجعلُ الاثنيْنِ جَمْعًا حَقِيقةً ، ومنهم مَن يَسْتَعْمِلُه مَجازًا ، فيَصْرِفُ إليه بالدَّليلِ . ولا فَرْقَ في حَجْبِها بين الذَّكرِ والأُنثى ؛ لقولِه تعالى : ﴿ إِخْوَةٌ ﴾ . وهذا يَقَعُ على الجَميعِ ؛ بدليلِ قولِه : ﴿ وَإِنْ كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَآءً ﴾ . فَفسَّرهم بالرِّجالِ والنِّساءِ . الحالُ الثَّالثُ ، إذا كان زوجٌ وأبوانِ ، أو امْرأةٌ وأبوانِ ، فلِلأُمِّ ثُلثُ الباقِي ، بعدَ فَرْضِ الزَّوْجَينِ . وهذه يأتِي ذِكرُها ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٦/٨٧ظ

١٠٠٢ – مسألة ؛ قال : (وَلَيسَ لِلأَبِ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ ، أَوْ وَلَدِ الابْنِ ، إِلَّا السُّدُسُ ، فَإِنْ كُنَّ بَنَاتٍ كَانَ لَهُ مَا فَضَلَ)

يَعنِي ، واللهُ أعلمُ ، كانَ له ما فَضَلَ بعدَ أن يُفرَضَ له السُّدسُ ، فيكونُ له ثلاثةُ

---

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « يتعلق » .

(٥) سورة النساء ١٧٦ .

أحْوالٍ ؛ حالٌ يَرِثُ فيها بالفَرضِ ، وهى مع الابنِ أو ابنِ الابنِ وإن سَفَلَ ، فليس له إلَّا السُّدُسُ ، والباقى للابْنِ ومَن معه . لا نعلمُ فى هذا خلافًا ؛ وذلك لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾[1] . الحالُ الثَّانيةُ ، يَرِثُ فيها بالتَّعصيبِ المُجَرَّدِ ، وهى مع غَيرِ الوَلَدِ ، فيأخُذُ المالَ إن انْفرَدَ . وإنْ كان معه ذو فَرْضٍ غيرُ الوَلَدِ ، كزَوْجٍ ، أو أُمٍّ ، أو جَدَّةٍ ، / فلِذِى الفَرضِ فَرْضُهُ ، وباقى المالِ له ؛ لقَوْلِ اللهِ تَعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[1] . فأضافَ المِيراثَ إليهما ، ثم جَعلَ للأُمِّ الثُّلُثَ ، فكانَ الباقى للأَبِ ، ثم قال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ . فجَعَلَ لِلأُمِّ مع الإِخوةِ السُّدُسَ ، ولم يَقْطَعْ إضافةَ المِيراثِ إلى الأَبوَيْنِ ، ولا ذَكَرَ للإِخوةِ مِيراثًا ، فكان الباقى كلُّه لِلأَبِ . الحالُ الثالِثةُ ، يَجْتمِعُ له الأَمْرانِ ؛ الفَرْضُ والتَّعْصِيبُ ، وهى مع إناثِ الوَلَدِ ، أو وَلَدِ الابْنِ ، فله السُّدُسُ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾[1] . ولهذا كانَ لِلأَبِ السُّدُسُ مع البِنْتِ بالإِجْماعِ ، ثم يأْخُذُ ما بَقِىَ بالتَّعْصِيبِ ؛ لما رَوَى ابنُ عبَّاسٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِىَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » . مُتَّفقٌ عليه[2] . والأَبُ أَوْلَى رَجُلٍ بعدَ الابْنِ وابْنِه . وأجمعَ أهلُ العِلمِ على هذا كلِّه ، فليسَ فيه بحَمدِ اللهِ اخْتِلافٌ[3] نعلَمُه .

٨٨/٦و

فصل : والجَدُّ كالأَبِ فى أحوالِه الثَّلاثِ ، وله حالٌ رابعٌ مع الإِخوةِ يُذكَرُ فى بابِه ،

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ميراث الولد من أبيه وأمه ، وباب ميراث ابن الابن إذا لم يكن ابن ، وباب ميراث الجد مع الأب والإخوة ، وباب ابنى عم أحدهما أخ للأم والآخر زوج ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨ / ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، فى : باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٣ ، ١٢٣٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فى ميراث العصبة ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٤٩ . والدارمى ، فى : باب العصبة ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٩٢ ، ٣١٣ ، ٣٢٥ .

(٣) فى ا : « خلاف » .

ويَسْقُطُ بالأبِ ؛ لأنَّه يُدْلِي به ، فيَسْقُطُ به ، كالإخوةِ ، وكذلك كلُّ جَدٍّ يَسْقُطُ بابنِه ؛ لكَوْنِه يُدْلِي به . وينقُصُ الجَدُّ عَن رُتْبةِ الأبِ فى زَوْجٍ وأَبَوَيْنِ ، وامْرَأَةٍ[4] وأَبَوَيْنِ، فيُفْرَضُ لِلأُمِّ فيهما ثُلُثُ جميعِ المالِ ، وباقِيه للجَدِّ ، بخلافِ الأبِ .

١٠٠٣ – مسألة ؛ قال : (وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، إذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، فَلَهُ الرُّبُعُ ، ولِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَرْبَعًا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ)

وجملةُ ذلك أنَّ الزَّوجَ والزَّوجةَ ذو فَرْضٍ ، لا يَرِثانِ بغَيرِه . وفرضُ الزَّوجِ النِّصفُ مع عَدمِ ولدِ المَيِّتةِ وولدِ ابنِها ، والرُّبعُ مع الوَلدِ أو ولدِ الابْنِ . وفرضُ الزَّوجةِ والزَّوجاتِ الرُّبعُ مع عَدمِ ولدِ الزَّوجِ وولدِ ابنِه ، والثُّمُنُ مع الولدِ أو ولدِ الابنِ / الواحدةُ والأربعُ سَواءٌ . بإجماعِ أهلِ العلمِ . والأصْلُ فيه قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] . وإنَّما جَعلَ للجَماعةِ مثلَ ما للواحِدَةِ ؛ لأنَّه لو جعلَ لكلِّ واحِدةٍ الرُّبعَ ، وهُنَّ أربعٌ ، لأخذْنَ جميعَ المالِ ، وزادَ فَرْضُهنَّ على فَرْضِ الزَّوْجِ . ومثلُ هذا فى الجَدَّاتِ للجَماعةِ مثلُ ما للواحدةِ ؛ لأنَّ الجَدَّاتِ لو أخذَتْ كلُّ واحدةٍ منهن السُّدُسَ ، لأخَذْنَ النِّصْفَ ، فزِدْنَ على مِيراثِ الجَدِّ . فأمَّا سائرُ أصْحابِ الفُروضِ ، كالبَناتِ ، وبناتِ الابنِ ، والأخواتِ المُفْتَرِقاتِ كلِّهن ، فإنَّ لِكلِّ جماعةٍ منهنَّ مِثلَ ما للاثْنَتَيْنِ ، على ما ذُكِرَ فى مَوضِعِه ، وزِدْنَ على فَرْضِ الواحدةِ ؛ لأنَّ الذَّكرَ الذى يَرِثُ فى دَرَجتِهنَّ لا فرضَ له ، إلَّا ولدَ الأُمِّ ، فإنَّ ذَكَرَهم وأُنْثاهم سواءٌ ؛ لأنَّهم يَرِثُون بالرَّحِمِ ، وقَرابةِ الأُمِّ المُجرَّدةِ .

٨٨/٦ ظ

---

(٤) فى م : « أو امرأة » .

(١) سورة النساء ١٢ .

١٠٠٤ – مسألة ؛ قال : (وَابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْلَى مِنَ ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ . وابْنُ الْأَخِ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنَ ابْنِ ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ . وَابْنُ الْأَخِ وَإِنْ سَفَلَ إِذَا كَانَ لِأَبٍ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ . وَابْنُ الْعَمِّ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنَ ابْنِ ابْنِ الْعَمِّ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ . وَابْنُ الْعَمِّ وَإِنْ سَفَلَ أَوْلَى مِنْ عَمِّ الْأَبِ)

هذا فى ميراثِ العَصَبَةِ ، وهم الذُّكورُ مِن وَلَدِ الميِّتِ ، وآبائِه ، وأَوْلادِهم . وليس مِيراثُهم مُقدَّرًا ، بل يَأْخذونَ المالَ كلَّه إذا لم يَكُنْ معهم ذو فَرْضٍ ، فإنْ كان معهم ذو فرضٍ لا يَسْقُطُ بهم أَخَذُوا الفاضِلَ عن ميراثِه كلِّه ، وأَوْلاهم بالميراثِ أَقْرَبُهم ، ويَسْقُطُ[1] به مَن بَعُدَ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « أَلْحِقُوا الْفَرائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِىَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[2] . وأَقْرَبُهم البَنُونَ ، ثم بَنُوهم وإن سَفَلُوا ، يُسْقِطُ قَرِيبُهم بَعِيدَهم ، ثم الأَبُ ، ثم آباؤُه وإنْ عَلَوْا ، الأَقْرَبُ منهم فالأَقْرَبُ ، ثم بنوا الأَبِ وهم الإِخوةُ لِلْأَبوين / أو لِلأبِ ، ثم بَنُوهم وإن سَفَلُوا ، الأَقْرَبُ منهم فالأَقْرَبُ . ويَسْقُطُ البَعِيدُ بالقَرِيبِ ، سواءٌ كان القَرِيبُ مِن ولدِ الأَبوَيْنِ أو مِن ولدِ الأَبِ وَحدَه . فإن اجْتَمَعُوا فى درجةٍ واحدةٍ ، فولَدُ الأَبوَيْنِ أَوْلَى ؛ لِقوّةِ قَرابتِه بالأُمِّ ، فلهٰذا قالَ : ابنُ الأَخِ لِلأَبِ والأُمِّ أَوْلَى مِن ابنِ الأَخِ للأَبِ . لأنَّهما فى درجةٍ واحدةٍ . وابنُ الأَخِ للأَبِ أَوْلَى مِن ابنِ ابنِ الأَخِ للأَبِ والأُمِّ ؛ لأنَّ ابنَ الأَخِ للأَبِ أَعْلَى دَرَجةً مِن ابنِ ابنِ الأَخِ (٣للأَبِ والأُمِّ٣) ، وعلى هذا أبدًا ، ومَهْما بَقِىَ مِن بَنِى الأَخِ أحدٌ ، وإن سَفَلَ ، فهو أَوْلَى مِن العَمِّ ؛ لأنَّه مِن ولدِ الأَبِ ، والعَمُّ مِن ولدِ الجَدِّ . فإذا انْقرَضَ الإِخوةُ وبَنُوهم ، فالميراثُ للأَعْمامِ ثم بَنِيهم ، على هذا النَّسَقِ ، إنِ استَوتْ دَرَجتُهم قُدِّمَ مَن هو لأَبوَيْنِ ، فإنِ اخْتَلَفَتْ قُدِّمَ الأَعْلَى ، وإن كانَ لأَبٍ ، ومَهْمَا بَقِىَ منهم أحدٌ وإن سَفَلَ ، فهو أَوْلَى مِن عَمِّ الأَبِ ؛ لأنَّ الأَعْمامَ مِن وَلَدِ الجَدِّ ، وأعمامَ الأَبِ مِن ولدِ أَبِ الجَدِّ ، فإذا انْقرَضُوا ، فالميراثُ لأعمامِ الأَبِ

٨٩/٦و

---

(١) فى الأصل : « وسقط » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

(٣ – ٣) مضروب عليه فى : ا .

على هذا النَّسقِ ، ثم لأعمامِ الجَدِّ ، ثم بَنِيهم ، وعلى هذا أبدًا ، لا يَرِثُ بنو أبٍ أعْلَى مع بَنى أبٍ أقْرَبَ منه ، وإن نزلَتْ درجتُهم ؛ لما مرَّ فى[4] الحديثِ ، وهذا كلُّه مُجمَعٌ عليه ، بحمدِ اللهِ ومَنِّه .

١٠٠٥ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأَبَوَانِ، أُعْطِىَ الزَّوْجُ النِّصْفَ ، وَالأُمُّ ثُلُثَ مَا بَقِىَ ، وَمَا بَقِىَ فَلِلْأَبِ . وَإِذَا كَانَتْ زَوْجَةٌ وَأَبَوَانِ ، أُعْطِيَتِ الزَّوْجَةُ الرُّبْعَ ، وَالأُمُّ ثُلُثَ مَا بَقِىَ ، وَمَا بَقِىَ فَلِلْأَبِ)

هاتان المسأَلَتَانِ تُسمَّيانِ العُمَرِيَّتَيْنِ ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قَضَى فيهما بهذا القَضاءِ ، فاتَّبَعَهُ على ذلك عثمانُ ، وزيدُ بنُ ثابتٍ ، وابنُ مَسْعودٍ ، ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وبه قال الحسنُ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وجعَل ابنُ عَبَّاسٍ ثُلُثَ المالِ كلِّه لِلْأُمِّ فى المسْأَلتَيْن ؛ / لأنَّ اللهَ تعالى فَرَضَ لها الثُّلُثَ عند عدَمِ الوَلَدِ والإِخْوةِ ، وليسَ هـٰهُنا وَلَدٌ ولا إِخوةٌ[1] . ويُرْوَى ذلك عن علىٍّ . ويُرْوَى[2] ذٰلِكَ عن شُرَيْحٍ فِى زَوْجٍ وأَبَوَيْنِ . وقال ابنُ سِيرِين كقَوْلِ الجماعةِ فى زَوْجٍ وأَبَوَيْنِ ، وكقولِ ابنِ عبَّاسٍ فى امرأةٍ وأَبَوَيْنِ. وبه قال أبو ثَوْرٍ ؛ لأنَّنا لو فَرَضْنَا للأُمِّ ثُلُثَ المالِ فى زَوْجٍ وأبَوَيْنِ ، لَفضَّلْناها على الأَبِ ، ولا يجوزُ ذلك ، وفى مسألةِ المرأةِ ، لا يُؤدِّى إلى ذلك . واحْتَجَّ ابنُ عباسٍ بعُمُوم قولِه تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[3] . وبقَوْلِه عليه السلامُ : « أَلْحِقُوا الفَرائِضَ بِأَهْلِها ، فَمَا بَقِىَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[4] . والأَبُ هـٰهُنا عَصَبَةٌ ؛ فيكُونُ له ما فَضَلَ عن ذَوِى الفُروضِ ، كما لو كانَ مَكانَه جَدٌّ ، والحُجَّةُ معه لولا انْعِقادُ الإجْماعِ من الصَّحابةِ على مُخَالَفَتِه ؛ ولأنَّ

٦/٨٩ظ

---

(٤) فى ا : « من » .

(١) فى م : « وإخوة » .

(٢) فى م : « وروى » .

(٣) سورة النساء ١١ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

الفَرِيضَةَ إذا جَمَعَتْ أبَوَيْنِ وذَا فَرْضٍ ، كانَ للأُمِّ ثُلُثُ الباقِى ، كما لو كانَ معهم بِنْتٌ . ويُخَالِفُ الأَبُ الجَدَّ ؛ لأنَّ الأَبَ فى دَرَجَتِها ، والجَدُّ أعلى منها . وما ذَهَب إليه ابنُ سِيرِينَ تَفْرِيقٌ فى مَوْضِعٍ أجْمَعَ الصَّحابةُ على التَّسْوِيَةِ فيه ، ثم إنَّه معَ الزَّوْجِ يأْخذُ مِثْلَىْ ما أخذَتِ الأُمُّ ، كَذَلِكَ مع المرْأةِ ، قِياسًا عليه .

١٠٠٦ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَإخْوَةٌ [(١)]مِنْ أُمٍّ[(١)] وَإخْوَةٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَلِلْإخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ الثُّلُثُ ، وَسَقَطَ الْإخْوَةُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ)

هذه المسألةُ تُسَمَّى المُشَرَّكَةَ ، وكذلك كُلُّ مسألةٍ اجْتَمَعَ فيها زَوْجٌ وأُمٌّ أو جَدَّةٌ واثْنانِ فصاعِدًا من وَلَدِ الأُمِّ وعَصَبَةٌ مِن وَلَدِ الأبوين . وإنما سُمِّيَت المُشَرَّكَةَ ؛ لِأَنَّ بعضَ أهلِ العلمِ شَرَّكَ فيها بينَ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ ووَلَدِ الأُمِّ فى فَرْضِ وَلَدِ الأُمِّ ، فَقَسَمَهُ بينهم بالسَّوِيَّةِ ، وتُسَمَّى الْحِمارِيَّةَ ؛ لأنَّه يُرْوَى أنَّ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، أَسْقَطَ وَلَدَ الأَبَوَيْنِ ، فقال بعضُهم : يا أميرَ المؤمنين هَبْ أنَّ أبَانَا كانَ حِمَارًا أليستْ أُمُّنَا واحدةً ؟ فشَرَّكَ بينهم. ويُقَالُ : إنَّ بعضَ الصَّحابةِ / قالَ ذلك ، فسُمِّيَت الْحِمارِيَّةَ لذلك . واخْتَلَفَ أهلُ العلمِ فيها قديمًا وحديثًا ، فذهَبَ أحمدُ ، رَضِىَ للهُ عنه ، فيها إلى أنَّ لِلزَّوْجِ النِّصْفَ ، وَلِلأُمِّ السُّدُسَ ، ولِلْإخوةِ من الأُمِّ الثُّلُثَ ، وَسَقَطَ الإخوةُ مِنَ الأَبَوَيْنِ ؛ لأنَّهم عَصَبَةٌ وقد تَمَّ المالُ بالفُرُوضِ . ويُرْوَى هذا القولُ عن علىٍّ ، وابْنِ مَسْعودٍ ، وأُبَىِّ بنِ كَعْبٍ ، وابْنِ عَبَّاسٍ ، وأبِى موسى ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال الشَّعْبِى ، والْعَنْبَرِىُّ ، وشَرِيكٌ ، وأبو حنيفةَ ، وأصْحابُه ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، ويحيى بنُ آدم ، ونُعَيم بنُ حَمَّاد ، وأبو ثَوْر ، وابْنُ المُنْذِرِ . ويُرْوَى[(٢)] عن عمرَ ، وعثمانَ ، وزَيْدِ بْنِ ثابتٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أنَّهم شرَّكُوا بين ولدِ الأَبَوَيْنِ وَوَلَدِ الأُمِّ فى الثُّلُثِ ، فَقَسَمُوه بينهم بالسَّوِيَّةِ ، للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

٦/٩٠و

(١ – ١) فى م : « لأم » .

(٢) فى م : « وروى » .

الْأُنْثَيَيْنِ . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، وإسحاقُ ؛ لأنَّهم سَاوَوْا وَلَدَ الأُمِّ فى القَرَابَةِ التى يَرِثُونَ بِهَا ، فوَجَبَ[3] أَنْ يُسَاوُوهم فى المِيراثِ ؛ فإنَّهم جميعا مِنْ وَلَدِ الأُمِّ ، وَقَرَابَتُهم مِنْ جِهَةِ الأَبِ إِنْ لَمْ تَزِدْهم قُرْبًا وَاسْتِحْقَاقًا فلا يَنْبَغِى أَنْ تُسْقِطَهم ؛ ولهذا قال بعضُ الصَّحَابَةِ أو بعضُ[4] وَلَدِ الأَبَوَيْنِ لِعُمَرَ وقد أَسْقَطَهم : هَبْ أَنَّ أَبَاهم كَانَ حِمَارًا ، فما زَادَهم ذلك إِلَّا قُرْبًا . فَشَرَّكَ بَيْنهم . وَحَرَّرَ بعضُ أصحابِ الشَّافِعِيِّ فِيها قِيَاسًا ، فقال : فَرِيضَةٌ جَمَعَتْ وَلَدَ الأَبِ والأُمِّ ووَلَدَ الأُمِّ ، وهم مِنْ أَهْلِ المِيرَاثِ فإذا وَرِثَ وَلَدُ الأُمِّ ، وَجَبَ أَنْ يَرِثَ وَلَدُ الأَبِ وَالأُمِّ ، كما لو لم يكُنْ فِيها زَوْجٌ . وَلَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾[5] . ولا خِلافَ فى أَنَّ المُرَادَ بهذه الآيةِ وَلَدُ الأُمِّ على الخصوصِ ، فمَنْ شَرَّكَ بينهم فلمْ يُعْطِ كُلَّ وَاحِدٍ منهما السُّدُسَ ، فهو مُخَالَفَةٌ لِظاهِرِ القُرْآنِ ، وَيَلْزَمُ منه / مُخالفةُ ظاهر الآيةِ الأُخرَى ، وهى قولُه : ﴿ وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[6] . يُرَادُ بهذه الآيةِ سائرُ الإِخوَةِ والأَخواتِ ، وهم يُسَوُّونَ بينَ ذَكَرِهم وأُنْثَاهم . وقال النَّبىُّ ﷺ : « أَلْحِقُوا الفَرائِضَ ، بأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِىَ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[7] ومَنْ شَرَّكَ فلم يُلْحِقِ الْفَرائِضَ بأَهْلِها ، ومِنْ جِهَةِ المَعْنَى أَنَّ وَلَدَ الأَبوَيْنِ عَصَبَةٌ لا فَرْضَ لهم ، وَقَدْ تَمَّ المَالُ بالفُروضِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَسْقُطوا ، كما لو كان مكانَ وَلَدِ الأُمِّ ابنَتَانِ . وقد انْعَقَدَ الإِجْماعُ على أنَّه لو كان فى هذه المَسْأَلةِ واحدٌ من ولدِ الأُمِّ ، ومِائةٌ مِن ولَدِ الأَبوين ، لَكانَ للواحِدِ السُّدُسُ ، ولِلمِائةِ السُّدُسُ الباقى ، لِكُلِّ واحدٍ عُشْرُ عُشْرِه ، وإذا جازَ أن يَفْضُلَهم

٦/٩٠ ظ

---

(٣) فى ا : « فيجب » .

(٤) فى م : « وبعض » .

(٥) سورة النساء ١٢ .

(٦) سورة النساء ١٧٦ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

الواحدُ هذا الفَضْلَ كُلَّه ، لِمَ لا يجوزُ لاثنَيْنِ إسْقاطُهم ؟ وقَوْلُهم : تَسَاوَوْا فِي قَرَابَةِ الأُمِّ . قُلْنا : فلِمَ لم[8] يُسَاوُوهم فى الميراثِ فى هذه المسألة ؟ وعلى أنَّا نقولُ : إنْ سَاوَوْهُم فى قَرَابَةِ الأُمِّ فقد فَارَقُوهُم فى كَوْنِهم عَصَبَةً مِنْ غيرِ ذَوِى الفُرُوضِ . وهذا الذى افْتَرَقُوا فيه هو المُقْتَضِى لِتَقْدِيمِ وَلَدِ الأُمِّ ، وتَأْخِيرِ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ . فإنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِتَقْدِيمِ ذَوِى الفُرُوضِ ، وتَأْخِيرِ العَصَبَةِ ، ولذلك يُقَدَّمُ ولدُ الأُمِّ على ولدِ الأَبَوَيْنِ فى القَدْرِ فى المسألة المَذْكورةِ وَشِبْهِهَا ، فكذلك يُقَدَّمُ وإنْ سَقَطَ ولدُ الأَبَوَيْنِ كغيرِه ، ويَلْزَمُهم أنْ يقولُوا فى زَوْجٍ وأُخْتٍ مِنْ أَبَوَيْنِ وأُخْتٍ مِنْ أَبٍ مَعَها أَخُوها ، إنَّ الأَخَ يَسْقُطُ وَحْدَه ، فَتَرِثُ أُخْتُهُ السُّبُعَ ؛ لِأَنَّ قَرَابَتَها مع وُجُودِه كقَرَابَتِها مع عَدَمِه ، وهو لَمْ يَحْجُبْهَا ، فهلا عَدُّوه حِمارًا ، ووَرَّثُوها مع وُجودِه كمِيرَاثِها مع عَدَمِه ؟ وما ذَكَرُوه من القِياسِ طَرْدِيٌّ لا مَعْنى تحتَه ، قال العَنْبَرِيُّ : القِيَاسُ مَا قَالَ عليٌّ ، والاسْتِحْسَانُ ما قَالَ عمرُ . قال الخَبْرِيُّ : وهذه وَسَاطَةٌ مليحةٌ ، وعِبَارَةٌ صَحِيحَةٌ ، وهو كما قال ، إلَّا أنَّ الاسْتِحْسَانَ المُجَرَّدَ ليس بحُجَّةٍ فى الشَّرْعِ ، فإنَّهُ وَضْعٌ للشَّرْعِ / بالرَّأْىِ مِنْ غيرِ دَلِيل ، ولا يجوزُ الحُكْمُ به لو انْفردَ عن المُعَارِضِ ، فكيف وهو فى مَسْأَلَتِنا يُخالِفُ ظاهر القرآنِ والسُّنَّةِ والقِياسِ ! ومِنَ العَجَبِ ذَهابُ الشَّافِعِي إليه هٰهُنا ، مع تَخْطِئَتِه الذَّاهِبِينَ إليه فى غيرِ هذا الموضعِ ، وَقَوْلِه : مَن اسْتَحْسَنَ فقد شَرَّعَ . ومُوَافَقَةُ الكِتاب والسُّنَّةِ أَوْلَى .

٩١/٦و

فصل : ولو كان مَكَانَ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ عَصَبَةٌ مِنْ وَلَدِ الأَبِ سَقَطَ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، ولم يُوَرِّثْهم أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ فيما عَلِمْنَا ؛ لِأَنَّهم لم يُسَاوُوا ولدَ الأُمِّ فى قَرَابَةِ الأُمِّ . ولو كان مكانَهم أَخَوَاتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ أو مِنْ أَبٍ ، فُرِضَ لَهُنَّ الثُّلُثَانِ ، وعَالَت المَسْأَلَةُ إلى عَشَرَةٍ ، فى قولِ الجميعِ ، إلَّا فى قولِ ابْنِ عَباسٍ ومَنْ تَابَعَهُ ، مِمَّنْ لا يَرَى العَوْلَ ، فإنَّهم يَرُدُّونَ النَّقْصَ على الأَخَوَاتِ غيرِ وَلَدِ الأُمِّ ، فمُقْتَضَى قَوْلِه سُقُوطُ الأَخَوَاتِ مِنْ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ ، كما لو كانوا إخْوَةً ، وسنُبَيِّنُ أنَّ الصوابَ خلافُ ذلك ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

---

(٨) سقط من : م .

فصل : إذا قِيلَ : امْرَأةٌ خلَّفتْ أُمًّا ، وابْنَىْ عَمٍّ أحَدُهما زَوْجٌ والآخَرُ أخٌ مِنْ أُمٍّ ، وثَلاثَةَ إخْوَةٍ مُفْتَرِقين ، فقُلْ : هذه المُشَرَّكة ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ السُّدُسُ ، ولِلأَخَوَيْنِ مِنَ الأُمِّ الثُّلُثُ ، وسَقَطَ الأخَوانِ مِن الأَبَوَيْنِ والأَبِ . ومَنْ شَرَّكَ جَعَلَ لِلأَخِ مِنَ الأَبَوَيْنِ التُّسْعَ ، ولِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الأَخَوَيْنِ مِنَ الأُمِّ تُسْعًا .

١٠٠٧ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَإخْوَةٌ وأَخَوَاتٌ لِأُمٍّ وَأُخْتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأخَوَاتٌ لِأَبٍ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، ولِلأُمِّ السُّدُسُ ، ولِلإخْوَةِ وَلِلأَخَوَاتِ مِنَ الأُمِّ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ بالتَّسْوِيَةِ ، ولِلأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ النِّصْفُ ، ولِلأَخَوَاتِ مِنَ الأبِ السُّدُسُ**)

أمَّا التَّسْوِيةُ بَيْنَ وَلَدِ الأُمِّ ، فلا نَعْلَمُ فِيه خِلَافًا ، إلَّا رِوايةً شَذَّتْ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أنَّه فضَّلَ الذَّكَرَ على الأُنْثَى ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِى الثُّلُثِ ﴾[1] . وقالَ فى آيةٍ أُخرى : ﴿ وَإِنْ كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[2] . ولَنا ، قَوْلُ الله تعالى : ﴿ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا / السُّدُسُ ﴾[1] . فَسوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالأُنْثَى ، وقولُه : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِى الثُّلُثِ ﴾[1] . مِنْ غيرِ تَفْضِيلٍ لبعضِهم على بعضٍ ، يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ بينهم ، كما لو وَصَّى لَهم بِشَىْءٍ أو أقَرَّ لهم به . وأمَّا الآيةُ الأُخْرَى ، فالمُرادُ بها وَلَدُ الأبوَيْن ، ووَلَدُ الأَبِ ، بِدَليلِ أنَّهُ جعَلَ للواحدة النِّصفَ ، ولِلاثْنَتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، وجعَلَ الأَخَ يَرِثُ أُخْتَهُ الكُلَّ ، ثم هذا مُجْمَعٌ عليه فلا عِبْرَةَ[3] بقَوْلٍ شاذٍّ ، وتَوْرِيثُ وَلَدِ الأُمِّ ههُنا الثُّلُثَ والأُمِّ السُّدُسَ والزوجِ النِّصْفَ ، تَسْمِيةٌ لا خِلافَ فيها أيضا . وقد اجْتَمَعَ فى هذه المَسْألَةِ فُرُوضٌ[4] يَضِيقُ المَالُ عنها ، فإنَّ النِّصْفَ لِلزَّوْجِ ، والنِّصْفَ لِلأُخْتِ مِنَ الأَبوَيْنِ ، يكْمُلُ المالُ بهما ، ويَزِيدُ ثُلُثُ وَلَدِ الأُمِّ ،

٩١/٦ ظ

---

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سورة النساء ١٧٦ .

(٣) فى ا زيادة : « ههنا » .

(٤) فى ا : « فروى » تحريف .

وَسُدُسُ الأُمِّ ، وَسُدُسُ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ، فتَعُولُ الْمَسْأَلَةُ بِثُلُثَيهَا ، وأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةِ أَسْهُمٍ ، فتَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ ، وَتُسَمَّى أُمَّ الفُرُوخِ ؛ لِكَثْرَةِ عَوْلِهَا ، شَبَّهُوا أَصْلَهَا بِالْأُمِّ ، وَعَوْلَهَا بِفُرُوخِها ، وليس فى الْفَرائِضِ مَسْأَلَةٌ تعولُ[٥] بِثُلُثَيهَاسِوَى هذه وشِبْهِهَا ، وَلَابُدَّ فى أُمِّ الفُرُوخِ مِنْ زَوْجٍ واثْنَيْنِ فَصَاعِدًا ، مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وأُمٍّ أَوْ جَدَّةٍ ، وَاثْنَيْنِ مِنْ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، أَوِ الْأَبِ ، أَو إِحْدَاهُمَا مِنْ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ ، والْأُخْرَى مِنْ وَلَدِ الْأَبِ ، فمتى اجْتَمَعَ فيها هذا ، عَالَتْ إِلَى عَشْرَةٍ ، وَمَعْنَى الْعَوْلِ أَنْ تَزْدَحِمَ فُرُوضٌ لَا يَتَّسِعُ المَالُ لها ، كهذه الْمَسْأَلَةِ ، فَيَدْخُلَ النَّقْصُ عليهم كُلِّهِم ، ويُقَسَّمَ الْمَالُ بينهم على قَدْرِ فُرُوضِهِمْ ، كما يُقَسَّمُ مَالُ الْمُفْلِسِ بينَ غُرَمَائِهِ بالْحِصَصِ ؛ لِضيقِ مَالِه عَنْ وَفَائِهم ، وَمَالُ المَيِّتِ بَيْنَ أَرْبَابِ الدُّيُونِ إِذَا لَمْ [٦]يَفِ بها[٦] ، وَالثُّلُثُ بَيْنَ أَرْبَابِ الْوَصَايَا إِذَا عَجَزَ عَنْهَا . وهذا قَوْلُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ ، وَمَنْ تَبِعَهم مِنَ الْعُلَمَاءِ ، رَضِيَ اللهُ عنهم ، يُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عمرَ ، وعلىٍّ ، والْعَبَّاسِ ، وابْنِ مَسْعُودٍ ، وَزَيدٍ . وبه قال مَالِكٌ فى أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِىُّ ، وأَهْلُ الْعِرَاقِ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَصْحَابُهُ ، وإِسحاقُ ، ونُعَيمُ بنُ حَمَّادٍ ، وَأَبو ثَوْرٍ ، وسَائِرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا ابنَ عَبَّاسٍ ، وطَائِفَةً شَذَّتْ يَقِلُّ عَدَدُهَا . نُقِلَ ذلك عَنْ محمدِ بنِ الْحَنَفِيَّةِ ، ومحمدِ بن عَلِيِّ بنِ الْحُسَيْنِ ، وعَطَاءٍ ، ودَاوُدَ ، فَإِنَّهم قَالُوا : لا تَعُولُ الْمَسَائِلُ . رُوِىَ عَنِ ابنِ / عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قال ، فى زَوْجٍ ، وأُخْتٍ ، وأُمٍّ : مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنَّ الْمَسَائِلَ لَا تَعُولُ ، إِنَّ الَّذِى أَحْصَى رَمْلَ عَالِجٍ[٧] عَدَدًا أَعْدَلُ مِنْ أَنْ يَجْعَلَ فى مَالٍ نِصْفًا ، ونِصْفًا ، وثُلُثًا ، هذانِ نِصْفَانِ ذَهَبَا بالْمَالِ ، فَأَيْنَ مَوْضِعُ الثُّلُثِ ؟ فسُمِّيَتْ هذه الْمَسْأَلَةُ مَسْأَلَةَ الْمُبَاهَلَةِ لذلك ، وهى أَوَّلُ مَسْأَلَةٍ عَائِلَةٍ حَدَثَتْ فى زَمَنِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، فَجمعَ الصَّحَابَةَ لِلْمَشُورَةِ فِيها ، فقال الْعَبَّاسُ : أَرَى أَنْ تَقْسِمَ الْمَالَ بينهم عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِم . فأَخَذَ به عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَاتَّبَعَهُ النَّاسُ على ذلك ،

٩٢/٦ و

---

(٥) فى النسخ : « نقول » .

(٦ - ٦) فى م : « يفها » .

(٧) عالج : رمال بين فيد والقريات . معجم البلدان ٣ / ٥٥١ .

حَتَّى خَالَفَهم ابْنُ عَبَّاسٍ ، فَرَوَى الزُّهْرِيُّ ، عن عبدِ اللهِ بن عبدِ اللهِ بنِ عُتْبَةَ ، قال : لَقِيتُ زُفَرَ بنَ أَوْسٍ الْبَصْرِيَّ ، فقال : نَمْضِي إِلَى عبدِ اللهِ بنِ عَبَّاسٍ ، نَتَحَدَّثُ عنده ، فأَتَيْنَاهُ ، فتَحَدَّثْنَا عندَه ، فكان مِنْ حَدِيثِهِ ، أَنَّهُ قال : سُبْحَانَ الَّذِى أَحْصَى رَمْلَ عَالِجٍ عَدَدًا ، ثُمَّ يَجْعَلُ فى مَالٍ نِصْفًا ، وَنِصْفًا ، وثُلُثًا ، ذَهَبَ النِّصْفَانِ بِالْمَالِ ، فَأَيْنَ مَوْضِعُ الثُّلُثِ ! وأَيْمُ اللهِ ، لو قَدَّمُوا مَنْ قَدَّمَ اللهُ ، وأَخَّرُوا مَنْ أَخَّرَ اللهُ ، مَا عَالَتْ فَرِيضَةٌ أَبَدًا ، فقال زُفَرُ : فمَنِ الَّذى قَدَّمَهُ اللهُ ، ومَنِ الَّذِى أَخَّرَهُ اللهُ ؟ فَقَالَ : الَّذِى أَهْبَطَه مِنْ فَرْضٍ إِلَى فَرْضٍ ، فذلك الذى قَدَّمَهُ اللهُ[8] ، والَّذى أَهْبَطَهُ مِنْ فَرْضٍ إِلَى ما بَقِىَ ، فذلك الَّذِى أَخَّرَهُ اللهُ . فقال زُفَرُ : فمَنْ أَوَّلُ مَنْ أَعَالَ الْفَرَائِضَ ؟ قال : عمرُ بنُ الخطَّابِ . فقُلْتُ : أَلَا أَشَرْتَ عليه ؟ فقال : هِبْتُهُ ، وَكَانَ امْرَءًا مَهِيبًا[9] . قَوْلُه : مَنْ أَهْبَطَهُ مِنْ فَرِيضَةٍ[10] إلى فَرِيضَةٍ[10] ، فذلك الَّذِى قَدَّمَهُ اللهُ . يُرِيدُ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ والأُمَّ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم فَرْضٌ ، ثُمَّ يُحْجَبُ إِلَى فَرْضٍ آخَرَ لا يَنْقُصُ منه ، وأَمَّا مَنْ أَهْبَطَهُ مِنْ فَرْضٍ إِلَى مَا بَقِىَ ، يُرِيدُ الْبَنَاتِ والأَخَوَاتِ ، فَإِنَّهُنَّ يُفْرَضُ لَهُنَّ ، فإذا كان مَعَهُنَّ إِخْوَتُهُنَّ ، وَرِثُوا بِالتَّعْصِيبِ ، فكان لهم مَا بَقِىَ ، قَلَّ أَوْ كَثُرَ ، فكان مَذْهَبُهُ ، أَنَّ الْفُرُوضَ إِذَا ازْدَحَمَتْ رُدَّ النَّقْصُ على الْبَنَاتِ والأَخَوَاتِ . وَلَنا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هؤلاءِ لو انْفَرَدَ أَخَذَ فَرْضَهُ ، فإذا ازْدَحَمُوا وَجَبَ أَنْ يَقْتَسِمُوا على قَدْرِ الْحُقُوقِ ، كأَصْحابِ الدُّيُونِ والْوَصَايَا ، ولِأَنَّ اللهَ تعالى فَرَضَ لِلْأُخْتِ النِّصْفَ ، كما فَرَضَ لِلزَّوْجِ / النِّصْفَ ، وفَرَضَ لِلْأُخْتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ ، كما فَرَضَ الثُّلُثَ لِلْأُخْتَيْنِ مِنَ الأُمِّ ، فلا يجوزُ إِسْقَاطُ فَرْضِ بَعْضِهِم ، مع نَصِّ اللهِ تعالى عليه ، بِالرَّأْيِ وَالتَّحَكُّمِ ، وَلَمْ يُمْكِنِ الْوَفَاءُ بها ، فوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَوْا فِى النَّقْصِ على قَدْرِ الْحُقُوقِ ، كالْوَصَايَا ، وَالدُّيُونِ ، وقد يَلْزَمُ ابْنَ عَبَّاسٍ على قَوْلِهِ مَسْأَلَةٌ فيها

٦/٩٢ ظ

(٨) سقط من : الأصل ، ا .

(٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب العول فى الفرائض ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٥٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب فى العول ، من كتاب ولاية العصبة . السنن ١ / ٤٤ .

(١٠ - ١٠) سقط من : م .

زَوْجٌ، وَأُمٌّ، وأَخَوانِ مِنْ أُمٍّ، فَإِنْ حَجَبَ الْأُمَّ إِلَى السُّدُسِ، خَالَفَ مَذْهَبَه فى حَجْبِ الْأُمِّ بِأَقَلَّ مِنْ ثلاثةٍ مِن الْإِخْوَةِ ، وإِنْ نَقَصَ الْأَخَوَيْنِ مِنَ الْأُمِّ ، رَدَّ النَّقْصَ على مَنْ لَمْ يُهْبِطْهُ اللهُ مِنْ فَرْضٍ إِلَى ما بَقِىَ ، وَإِنْ أَعَالَ الْمَسْأَلَةَ ، رَجَعَ إِلى قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ، وَتَرَكَ مَذْهَبَهُ ، ولا نَعْلَمُ الْيَوْمَ قَائِلًا بِمَذْهَبِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، ولا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْعَصْرِ[11] فِى الْقَوْلِ بِالْعَوْلِ ، بِحَمْدِ اللهِ ومَنِّهِ .

فصل : حَصَلَ خِلَافُ ابْنِ عَبَّاسٍ لِلصَّحَابَةِ فى خَمْسِ مَسائِلَ ، اشْتَهَرَ قَوْلُه فيها ؛ أَحَدُها ، زَوْجٌ وَأَبَوانِ . والثَّانِيَةُ ، امْرَأَةٌ وَأَبَوانِ ، لِلْأُمِّ ثُلُثُ الْبَاقِى عِنْدَهم ، وجَعَلَ هو لها ثُلُثَ الْمَالِ فيها . والثَّالِثَةُ ، أَنَّهُ[12] لا يَحْجُبُ الْأُمَّ إِلَّا بِثلاثةٍ مِنَ الْإِخْوَةِ . والرَّابِعَةُ ، لم يَجْعَلِ الْأَخَوَاتِ مع الْبَنَاتِ عَصَبَةً . والْخَامِسَةُ ، أَنَّهُ[12] [13] لم يُعِلِ[13] الْمَسَائِلَ . فهذه الْخَمْسُ صَحَّتِ الرِّوَايَةُ عنه فيها ، واشْتَهَرَ عنه الْقَوْلُ بها ، وَشَذَّتْ عنه[14] رِوَايَاتٌ سِوَى هذه ، ذَكَرْنَا بَعْضَها فيما مَضَى .

١٠٠٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَا[1] ابْنَىْ[2] عَمٍّ ، أَحَدُهُما أَخٌ لِأُمٍّ ، فَلِلْأَخِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَمَا بَقِىَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)

هذا قَوْلُ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ . يُرْوَى عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، مَا يَدُلُّ على ذلك ، ويُرْوَى ذلك عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، وزيدٍ وابْنِ عَبَّاسٍ . وبه قالَ أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، ومَنْ تَبِعَهم . وقال ابنُ مَسْعود : المالُ للذى هو أَخٌ مِنْ أُمٍّ . وبه قالَ شُرَيْحٌ ، والحَسَنُ ، وابنُ سِيرِين ، وعَطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وأَبو ثَوْر ؛ لأَنَّهما اسْتَوَيَا فى قَرَابَةِ

---

(١١) فى م : « الأمصار » .

(١٢) سقط من : الأصل ، ا .

(١٣–١٣) فى م : « لا يعيل » .

(١٤) سقط من : ا ، م .

(١) فى الأصل : « كان » .

(٢) فى الأصل ، م : « ابنا » .

الأَبِ[٣] وفَضَلَهُ هذا بِأُمٍّ ، فصارَ كأَخوَيْنِ أوْ عَمَّيْنِ ، أحَدُهما لِأبَوَيْنِ ، والآخَرُ لِأَبٍ ، ولأنَّه لو كان ابنُ عَمٍّ لأبَوَيْنِ[٤] ، وابْنُ عَمٍّ لِأَبٍ ، كان ابنُ العَمِّ لِلْأبَوَيْنِ أَوْلَى ، فإذا كانَ قُرْبُه لِكَوْنِه[٥] من وَلَدِ الجَدَّةِ قَدَّمَه ، فكَوْنُه مِنْ وَلَدِ / الأُمِّ أَوْلَى . ولَنا ، أنَّ الأُخوَّةَ من الأُمِّ يُفْرَضُ له بها ، إذَا لم يَرِثْ بالتَّعْصِيبِ ، وهو إذَا كانَ معه أخٌ مِنْ أبَوَيْنِ ، أو مِنْ أبٍ أوعَمٌّ ، وما يُفْرَضُ لَه به ، لا يُرَجَّحُ به ، كما لو كان أحدُهما زوجًا ، ويُفارِقُ الأخَ من الأبَوَيْنِ والعَمَّ وابنَ العَمِّ ، إذا كانا من أبَوَيْن ، فإنَّه لا يُفْرَضُ له بِقَرَابةِ أُمِّه شيءٌ ، فرَجَحَ به ، ولا يَجْتَمِعُ فى إحْدَى القَرَابَتَيْنِ تَرْجِيحٌ وفَرْضٌ .

٩٣/٦و

فصل : فإن كان معَهما أخٌ لأَبٍ ، فللأخِ[٦] مِنَ الأُمِّ السُّدُسُ ، والباقى للأخِ[٧] من الأَبِ . وإن كانَ معَهما أخٌ[٨] مِنْ أَبَوَيْنِ فكذلكَ ، وإنْ كان ابنُ عَمٍّ لأبَوَيْنِ ، وابْنُ عَمٍّ هو أخٌ لأُمٍّ[٩] ، فعلى قولِ الجمهورِ ، لِلْأخِ السُّدُسُ ، والباقِى للآخَرِ . وعلى قولِ ابنِ مَسْعودٍ ، المالُ كُلُّه لابْنِ العَمِّ الذى هو أخٌ لِأُمٍّ .

فصل : فإن كان ابنا عَمٍّ ، أحدُهما أخٌ مِنْ أُمٍّ ، وبِنْتٌ أو بِنْتُ ابْنٍ ، فلِلْبِنْتِ أو بِنْتِ الابْنِ النِّصْفُ ، والبَاقِى بينهما نِصْفَيْن ، وسَقَطَتِ الإخوةُ مِنَ الأُمِّ بالبِنْتِ . ولو كان الذى ليس بأخٍ ابنَ عمٍّ من أبَوَيْن ، أخذَ الباقى كلَّه كذلك . وعلَى قولِ ابنِ مَسْعودٍ[١٠] الباقى للأخِ فى المسْألَتَيْنِ ، بدليلِ أنَّ الأخَ مِنَ الأبَوَيْنِ يتقدَّمُ على الأخ من الأبِ ، بقَرَابَةِ الأُمِّ ، فإنْ كان فى الفَرِيضةِ بنتٌ تَحْجُبُ قَرابةَ الأُمِّ . وحُكِىَ عن سَعِيدِ بْنِ جُبَيْر ، أنَّ

---

(٣) فى م : « لأب » .

(٤) فى م : « أخوين » .

(٥) فى الأصل ، ا : « بكونه » .

(٦) فى م : « فللأب » .

(٧) فى م : « للأب » .

(٨) فى م : « أب » .

(٩) فى م : « الأم » .

(١٠) فى م زيادة : « الذى » .

الباقىَ لابْنِ العَمِّ الذى ليس بِأَخٍ ، وإنْ كان منْ أَبٍ ؛ لأنّه يَرِثُ بالقَرابتَيْنِ مِيرَاثًا واحدًا ، فإذَا كان فى الفَرِيضَةِ مَنْ يَحْجُبُ إحْدَاهما ، سَقَطَ مِيرَاثُه . كما لو اسْتَغْرَقَتِ الفُروضُ المالَ ، سَقَطَ الأخُ مِن الأَبوَيْنِ ، ولمْ يَرِثْ بقَرَابَةِ الأُمِّ ، بِدَلِيلِ مَسْأَلَةِ المُشَرَّكة . ولَنا ، على ابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّ البِنْتَ تُسْقِطُ الميراثَ بِقَرابَةِ الأُمِّ ، فيَبْقَى[11] التَّعْصِيبُ مُنْفَرِدًا ، فَيَرِثُ به ، وفارَق ولدَ الأبوَيْن ؛ فإنَّ قَرابةَ الأُمِّ لم[12] يُرَجَّحْ بها ، ولا يُفْرَضُ لها ، فلا يُؤَثِّرُ فيها ما يَحْجُبُها . وَفِى مسألتِنا يُفْرَضُ له بها ، فإذا كان فى الفَرِيضةِ مَن يَحْجُبُها ، سَقَطَتْ ، ولِأَنَّه لو كان مع ابْنِ العَمِّ الذى هو أَخٌ ، أَخٌ[13] مِن أَبٍ ، / وبِنْتٌ ، لَحَجَبَت البِنْتُ قَرابَةَ الأُمِّ[14] ، ولمْ تَرِثْ بِها شيئا ، فكان للبنتِ النِّصْفُ ، والباقى للأخِ من الأَبِ ، ولولا البِنْتُ لَوَرِثَ لِكَوْنِه أخا من أمٍّ السُّدُسَ ، فإذا حَجَبَتْهُ البِنْتُ مع الأخِ مِن الأَبِ ، وَجَبَ أنْ تَحْجُبَه فى كُلِّ حالٍ ، لِأَنَّ الحَجْبَ بها لا بِالأَخِ مِن الأَبِ وما ذَكَرَه سعيدُ بنُ جُبَيْرٍ يَنْتقِضُ بِالأَخِ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، مع البنتِ ، وبابنِ العَمِّ إذا كانَ زَوْجًا ومعه مَن يَحْجُبُ بَنِى العَمِّ . ولا نُسَلِّمُ أنَّه يَرِثُ مِيرَاثًا واحدًا ، بل يَرِثُ بِقَرَابَتِه مِيرَاثَيْنِ ، كشَخْصَيْنِ ، فصارَ كابنِ العَمِّ الذى هو زوجٌ ، وفارَق الأخَ مِن الأَبَوَيْنِ ، فإنّه لا يَرِثُ إلَّا مِيرَاثًا وَاحِدًا ، فإنَّ قَرابةَ الأُمِّ لا تَرِثُ بها مُفْرَدَةً .

ظ٦/٩٣

فصل : فَحَصَلَ خلافُ ابنِ مَسْعُودٍ فى مسائلَ سِتٍّ ، هذه إحْدَاهُن ، والثانيةُ ، فى بِنْتٍ وبَنَاتِ ابْنٍ وابْنِ ابْنٍ ، الباقى عندَه للابنِ دُونَ أَخَوَاتِه . الثالثةُ ، فى أخواتٍ[15] لِأَبوَيْن وأخٍ[15] وأخواتٍ لأبٍ ، الباقى عندَه للأخِ دُونَ أخواتِه . الرابعة ، بِنْتٌ وابنُ ابنٍ وبَناتُ ابنٍ ، عندَه لبناتِ الابْنِ الأَضَرُّ بِهِنَّ مِن السُّدُسِ أو المُقاسَمةِ . الخامسة ، أختٌ

---

(١١) فى م : « فبقى » .

(١٢) فى الأصل ، م : « ثم » .

(١٣) سقط من : الأصل . وهو اسم كان .

(١٤) فى م : « أخ م » خطأ .

(١٥-١٥) فى م : « الأبوين » .

لأبَوَيْنِ وأخٌ وأخواتٌ لأبٍ ، للأخواتِ عندَه الأضرُّ بِهِنَّ من ذلك . السادسة ، كان يَحْجُبُ الزَّوْجَيْن والأُمَّ بالكُفَّارِ والعَبِيدِ والْقَاتِلِين ، ولا يُوَرِّثُهم .

فصل : ابنُ ابنِ عَمٍّ هو أخٌ لِأُمٍّ ، وابنُ ابْنِ عَمٍّ آخَرَ ، للأخِ السُّدُسُ ، والباق بينهما . وعندَ ابنِ مَسْعُود ، الكُلُّ للأخِ ، وسقَط الآخَرُ ، فإن كان أحدُهما ابنَ أخٍ لأُمٍّ ، فلا شيْءَ له بِقَرَابَةِ الأُخُوَّةِ ؛ لأنَّ ابنَ الأخِ للأُمِّ من ذَوِى الأرْحَامِ ، وإنَ كان عَمَّان ؛ أحدُهما خالٌ لأُمٍّ ، لم يُرَجَّحْ بِخُؤُولَتِه . وقيل على قياسِ قولِ ابنِ مَسْعُود وَجْهان ؛ أحدهما ، لَا يُرَجَّحُ بها . والثانى ، يُرَجَّحُ بها على العَمِّ الذى هو من أبٍ ، فيأخذُ المالَ ؛ لأنَّه ابنُ الجَدِّ والْجَدَّةِ ، والآخَرُ ابنُ الجَدِّ لا غيرُ . وإن كان العَمُّ الآخَرُ من أبَوَيْنِ ، فالمالُ بينهما ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُدْلِى بجَدَّةٍ / ، وهما ابْنا الجَدِّ . وهكذا القولُ فى ابْنَىْ عَمٍّ أحدُهما خالٌ . أو ابْنَي ابْنَىْ عَمٍّ ، أحدُهما خالٌ . فأمَّا على قولِ عامَّةِ الصَّحابةِ ، فلا أثرَ لهذا عندَهم . ٦/٩٤و

فصل : ابْنا عَمٍّ أحدُهما زوجٌ . فللزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباق بينهما نِصْفانِ عندَ الجميعِ . فإن كانَ الآخَرُ أخًا مِنْ أُمٍّ ، فللزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأخِ السُّدُسُ ، والباق بينهما ، أصْلُها من سِتَّةٍ ، للزَّوْجِ أرْبَعَةٌ ، [16]وللأخِ للأُمِّ[16] اثنانِ ، وتَرْجِعُ بالاخْتصارِ إلى ثلاثةٍ . وعندَ ابْنِ مَسْعُود ، الباق للأخِ ، فتكونُ من اثْنَيْن ، لكلِّ واحدٍ منهما سَهْمٌ . ثَلَاثَةُ بَنِى عَمٍّ ، أحدُهم زوجٌ ، والآخَرُ أخٌ من أُمٍّ ، فللزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأخِ السُّدُسُ ، والباق بينهما على ثلاثةٍ ، أصْلُها من سِتَّةٍ ، يُضْرَبُ فيها الثلاثةُ ، تكنْ[17] ثمانيةَ عَشَرَ ، للزوجِ النِّصْفُ تِسْعَةٌ ، وللأخِ ثَلَاثَةٌ يَبْقَى سِتَّةُ أسْهُمٍ[18] ، على ثَلَاثَةٍ فَيَحْصُلُ للزَّوْجِ أحدَ عشرَ ، وهى النِّصْفُ والتُّسْعُ ، ولِلْأَخِ خمسةٌ ، وهى السُّدُسُ والتُّسْعُ ، وللثَّالثِ التُّسْعُ ، سَهْمَانِ ، فإنْ كان الزَّوْجُ ابْنَ عَمٍّ لِأَبَوَيْنِ ، فالباق كُلُّه له ، وإنْ كان هو والثَّالثُ

(١٦ – ١٦) فى النسخ : « وللأم » .

(١٧) أى : فإن تضرب تكن .

(١٨) فى الأصل ، م : « بينهم » .

من أَبَوَيْنِ ، فالثُّلُثُ الباقى بينهما ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ ، للزَّوْجِ الثُّلُثَانِ ، ولِكُلِّ وَاحِدٍ من الآخَرَيْنِ سُدُسٌ . وابنُ مَسْعُودٍ فى جميعِ ذلك يَجْعلُ الباقىَ بعدَ فَرْضِ الزَّوْجِ للذى هو أَخٌ من أُمٍّ .

فصل : أخوَانِ من أُمٍّ ، أحدُهما ابنُ عَمٍّ . فالثُّلُثُ بينهما ، والباقى لابنِ العَمِّ . وتَصِحُّ من سِتَّةٍ ، لابنِ العمِّ خمسةٌ ، وللآخَرِ سَهْمٌ . ولا خلافَ فى هذه المسألة ، فإن كانوا ثلاثةَ إخْوَةٍ ، أحدُهم ابنُ عَمٍّ ، فالثُّلُثُ بينهم على ثلاثةٍ ، والباقى لابنِ العَمِّ ، وتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وإن كان اثنانِ منهم ابْنَىْ عَمٍّ ، فالباقى بعدَ الثُّلُثِ بينهما ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ .

فصل : ثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ لِأُمٍّ ، أحدُهم ابنُ عَمٍّ ، وثَلَاثَةُ بَنِى عَمٍّ ، أَحَدُهم أَخٌ لِأُمٍّ ، فاضْمُمْ واحدًا مِن كلِّ عددٍ إلى العَدَدِ الآخَرِ ، يَصِيرُ مَعك أربعةُ بَنِى عَمٍّ ، وأربعةُ إخوةٍ ، فهم سِتَّةٌ فى العَدَدِ ، وفى الأَحْوَالِ ثمانيةٌ ، ثم اجْعَلِ الثُّلُثَ للإخوةِ على أربعةٍ ، والثُّلُثَيْنِ / على بَنِى العَمِّ على أربعةٍ ، فتَصِحُّ من اثْنَىْ عَشَرَ ، لكلِّ أَخٍ مُفْرَدٍ سَهْمٌ ، ولكلِّ ابْنِ عَمٍّ مُفْرَدٍ سَهْمَانِ ، ولكلِّ ابْنِ عَمٍّ هو أَخٌ ثلاثةٌ ، فيَحْصُلُ لهما النِّصْفُ ، ولِلْأَرْبَعَةِ الباقِينَ النِّصْفُ . وعلى قولِ عبدِ اللهِ ، للإخْوَةِ الثُّلُثُ ، والبَاقِى لابْنَىِ العَمِّ اللَّذَيْنِ هما أَخَوانِ[19] . واللهُ أعلم .

٦/٩٤ظ

(١٩) فى الأصل ، م : « أخوات » .

بابُ أُصُولِ سِهامِ الفَرائِضِ التى تَعُولُ

مَعْنَى أُصُولِ المَسَائِلِ المَخارِجُ التى تَخْرُجُ منها فُرُوضُها ، وأصولُ المسائِلِ كلُّها سَبْعَةٌ ؛ لأنَّ الفروضَ المحدودةَ فى كتابِ اللهِ تعالى ستةٌ ؛ النِّصْفُ ، والرُّبْعُ ، والثُّمْنُ ، والثُّلُثانِ ، والثُّلُثُ ، والسُّدْسُ . وَمَخارِجُ هذه الفروضِ مُفْرَدةً خَمْسَةٌ ؛ لأنَّ الثُّلُثَ والثُّلُثَيْن مَخْرَجُهما واحدٌ ، والنِّصْفُ من اثْنَيْن ، والثُّلُثُ والثُّلُثانِ من ثَلاثةٍ ، والرُّبْعُ من أربعةٍ ، والسُّدْسُ من سِتَّةٍ ، والثُّمْنُ من ثمانيةٍ ، والرُّبْعُ مَعَ السُّدْسِ أو الثلثِ أو الثُّلُثَيْنِ من اثْنَىْ عشرَ ، والثُّمْنُ مع السُّدْسِ أو الثُّلُثَيْن من أربعةٍ وعشرين ، فصارت سَبْعَةً . وهذه الفُروضُ نوعان ؛ أحدُهما ، النِّصفُ ونِصْفُه ونِصْفُ نِصْفِه . والثانى ، الثُّلُثان ونِصْفُهما ونِصْفُ نِصْفِهما . وكلُّ مسألةٍ فيها فرضٌ مُفْرَدٌ فأصلُها من مَخْرَجِه ، وإنْ كان فيها فَرْضانِ يُؤْخَذُ أحدُهما منْ مَخْرَجِ الآخرِ فأصْلُها مِنْ مَخْرَجِ أقلِّهما ، وإنْ كانَ فيها فَرْضانِ من نَوْعَيْنِ لا يُؤْخَذُ أحدُهُما من مَخْرَجِ الآخَرِ ، فاضْرِبْ أحدَ المخْرَجَيْنِ فى الآخَرِ ، أووَفْقَهُ ، فما بَلَغَ فهو أصلُ المسألةِ ، وفيها يكونُ العَوْلُ ؛ لأنَّ العَوْلَ إنَّما يَكُونُ فى مسألةٍ تَزْدَحِمُ فيها الفُروضُ ، ولا يَتَّسِعُ المالُ لها ، فكلُّ مسألَةٍ فيها نصفٌ وفَرْضٌ من النَّوْعِ الآخَرِ فَأَصْلُهَا من سِتَّةٍ ؛ لأنَّ مَخْرَجَ النِّصْفِ اثْنانِ ، ومَخْرَجَ الثُّلُثِ والثُّلُثَيْنِ ثلاثةٌ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فى ثلاثةٍ ، تَكُنْ[1] سِتَّةً ، وهكذا سائِرُها .

والمسائلُ على ثلاثةِ أَضْرُبٍ ؛ عَادِلَةٌ ، وعَائِلَةٌ ، ورَدٌّ . فالعَادِلَةُ ، التى يَسْتَوِى مَالُهَا وفُرُوضُها . والعَائِلَةُ التى تَزِيدُ فُروضُها عَنْ مَالِها . والرَّدُّ التى يَفْضُلُ مالُها عن فُروضِها . ولا عَصَبَةَ فيها . / وسنذكرُ أمثلةَ هذهِ الأَضْرُبِ فى هذا الباب ، بعَوْنِ اللهِ .

٩٥/٦و

---

(١) أى : فإن تضرب تكن .

١٠٠٩ – مسألة ؛ قال : (وَمَا فِيهِ نِصْفٌ وَسُدُسٌ ، أَوْ نِصْفٌ وَثُلُثٌ ، أَوْ نِصْفٌ وَثُلُثَانِ ، فَأَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، وتَعُولُ إلى سَبْعَةٍ وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ وَإِلَى تِسْعَةٍ وَإِلَى عَشَرَةٍ ، وَلَا تَعُولُ أَكثَرَ مِنْ ذَلِكَ)

أَمَّا إِذَا كانَ نِصْفٌ وسُدُسٌ . فإنَّ مَخْرَجَ النِّصْفِ اثنَانِ ، ويُوجَدُ ذَلِكَ في مَخْرَجِ السُّدُسِ وهو السِّتَّةُ ، فكانَ أصلُهما جميعا سِتَّةً ، وهكذا لو كانَ سُدُسٌ وثُلُثٌ أو ثُلُثَانِ ، فأصلُهما من مَخْرَجِ السُّدُسِ ، لا يَزِيدُ عليه . وإن اجْتَمَعَ النِّصْفُ والثُّلُثَانِ أو الثُّلُثُ ، فإنَّ مَخْرَجَ النِّصْفِ اثْنانِ ، ومَخْرَجَ الثُّلُثِ والثُّلُثَيْنِ ثلاثةٌ ، ولا وَفْقَ بينهما ، فاضْرِبْ أحَدَ المَخْرَجَيْنِ في الآخرِ ، تَكُنْ سِتَّةً ، ويَصِيرُ كُلُّ كَسْرٍ بعَدَدِ مَخْرَجِ الآخرِ ويَدْخُلُ العَوْلُ هذا الأصْلَ ، لازْدِحَامِ الفُرُوضِ فيه ، وهو أكْثَرُها عَوْلًا . والعَوْلُ زيادةٌ في السِّهَامِ ، ونُقْصَانٌ في أنْصِبَاءِ الوَرَثَةِ ، وأمْثِلَةُ ذَلِك ؛ زَوْجٌ وأُمٌّ وأَخٌ مِنْ أُمٍّ ، أَصْلُها مِنْ سِتَّةٍ ، ومنها تَصِحُّ ، زوجٌ وأُمٌّ وأخوانِ من أُمٍّ ، بِنْتٌ وأُمٌّ وعَمٌّ ، أو عَصَبَةٌ ثلاثُ أخواتٍ مُتَفرِّقات وأَخٌ من أُمٍّ أو أُمٌّ أو جَدَّةٌ ، أبوانِ وبِنْتانِ وبنتٌ وأبَوانِ ، بنتٌ وبنتُ ابنٍ وأبوانِ أو جَدٌّ وجَدَّةٌ ، العَوْلُ زَوْجٌ وأُخْتانِ مِنْ أَبَوَيْنِ أو مِنْ أبٍ أو إحداهُمَا من أبَوينِ والأُخْرَى من أبٍ أو أُمٍّ ، أو أختٌ من أبٍ وأختٌ[1] من أُمٍّ ، أصلُها مِنْ سِتَّةٍ وتَعُولُ إلى سَبْعَةٍ ، زوجٌ وأُختٌ ، وجَدَّةٌ أو أخٌ لِأُمٍّ ، سِتُّ أخواتٍ مُفترِقاتٍ وأُمٌّ . أختٌ لأبٍ وأُمٍّ ، وأُختٌ لِأبٍ ، وأُمٌّ ، وأَخوانِ لِأُمٍّ . عَوْلُ ثمانيةٍ : زَوْجٌ وأُخْتٌ وأُمٌّ ، للزَّوْجِ النِّصْفُ وللأختِ النِّصفُ وللأُمِّ الثُّلُثُ سَهْمَان ، تعولُ إلى ثمانيةٍ ، وهي مَسْأَلةُ المُباهَلَةِ . فإنْ كانَ معهم أختٌ أُخرَى / من أيِّ جِهَةٍ كانت ، أو أَخٌ مِنْ أُمٍّ فهي من ثمانيةٍ أيضا . عَوْلُ تِسْعةٍ : زوجٌ وسِتُّ أَخَواتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، تَعُولُ إلى تِسْعةٍ ، وتُسَمَّى الغَرَّاءَ ، زَوْجٌ وأُمٌّ وثَلَاثُ أَخَواتٍ مُفْتَرِقَاتٍ (٢كذلك . عَوْلُ عشرةٍ : زوجٌ وأُمٌّ وسِتُّ أَخَواتٍ مُفْتَرِقَاتٍ٢) تَعُولُ إلى عَشَرَةٍ ، وتُسَمَّى أُمَّ الفُرُوخِ ، لِكَثْرَةِ عَوْلِها ، لِأنَّها عالَتْ بِثُلُثَيْهَا ، فشَبَّهُوا الأَصْلَ بِالأُمِّ ، والعَوْلَ بالفُرُوخِ . ويُرْوَى أنَّ رجلًا جاءَ إلَى شُرَيْحٍ ، فقال : إنَّ امرأتي

٦/٩٥ظ

---

(١) في م : « أو أخت » .

(٢ – ٢) سقط من : م . وفي النسخ : « زوج لأم » .

ماتَتْ ، ولم تَتْرُكْ ولدًا ، فكم لى من مِيرَاثِها ؟ قال : لكَ النِّصْفُ ، فمَن خَلَّفَتْ ؟ قال : خَلَّفَتْ أُمَّها وأُخْتَيْهَا من أبيها وأُخْتَيْها مِنْ أُمِّها وأنا . قال : لكَ ثَلاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ عَشَرَةٍ . فخَرَجَ الرَّجُلُ فقالَ : أَلا تَعْجَبُونَ مِنْ قاضِيكم ؟ قال : لِيَ النِّصْفُ . فواللهِ ما أعْطَانِى نِصْفًا ولا ثُلُثًا . فقال له شُرَيْح : ألا[3] إنَّكَ تَرَانِي قاضِيًا ظالمًا ، وأنا أراكَ رجلًا فاجِرًا ، تَكْتُمُ القِصَّةَ وتُذِيعُ الفَاحِشَةَ . ومتى عالَتِ المسألَةُ إلى تسعةٍ أو إلى عَشَرَةٍ ، لم يكُنِ الميِّتُ إلَّا[4] امرأةً ؛ لِأنَّها لابُدَّ فيها من زوجٍ ، ولا يُمْكِنُ أنْ تَعُولَ المسألةُ إلى أكثرَ مِنْ هذا ، ولا يُمْكِنُ أنْ يَجْتَمِعَ فُرُوضٌ أكثرُ من هذا . وطريقُ العَمَلِ فى العَوْلِ ، أنْ تأْخُذَ الفُرُوضَ من أصْلِ المسْأَلةِ ، وتَضُمَّ بَعْضَهَا إلى بعضٍ ، فما بَلَغَتِ السِّهامُ فإليه يُنْتَهَى ، فنقولُ فى زَوْجٍ وأُمٍّ وسِتِّ أَخَواتٍ مُفْتَرِقَاتٍ : للزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلاثةٌ ، وللأُمِّ السُّدُسُ سَهْمٌ ، وللأُخْتَيْنِ الثُّلُثَانِ أرْبَعَةٌ ولِلْأُخْتَيْنِ مِنَ الأُمِّ الثُّلُثُ سَهْمَانِ ، صارَتْ عَشَرَةً .

١٠١٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَا فِيهِ رُبْعٌ وَسُدُسٌ ، أَوْ رُبْعٌ وَثُلُثٌ ، أَوْ رُبْعٌ وَثُلُثَانِ ، فَأَصْلُهَا مِن اثْنَىْ عَشَرَ ، وَتَعُولُ إِلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، وَإِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، وَإِلَى سَبْعَةَ عَشَرَ ، ولا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ)

إنَّمَا كَانَ أصلُها مِنِ اثْنَىْ عَشَرَ ؛ لأنَّ مَخْرَجَ الرُّبْعِ أرْبَعَةٌ ، ومَخْرَجَ الثُّلُثِ ثلاثةٌ ، وَلَا وَفْقَ بينهما ، فإذَا ضَرَبْتَ أحدَهما فى الآخَرِ ، كان اثْنَىْ عَشَرَ ، فإن كان مع الرُّبْعِ سُدُسٌ فَبَيْنَ السِّتَّةِ والْأَرْبَعَةِ مُوافَقَةٌ ، فإذَا ضَرَبْتَ / وَفْقَ أحدِهما فِى الآخَرِ صارَ اثْنَىْ عَشَرَ ، ولابُدَّ فِى هذا الأصلِ من أحدِ الزَّوْجَيْنِ ، لأنَّه لابُدَّ فيها من رُبْعٍ ، ولا يكونُ فَرْضًا لغيرِهما . وأمْثِلَةُ ذَلِكَ ؛ زَوْجٌ وأَبَوَانِ وخَمْسَةُ بَنِينَ ، للزَّوْجِ الرُّبْعُ ثَلاثَةٌ وللأَبَوَيْنِ[1] السُّدُسانِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ . زَوْجٌ وابنتانِ وأُختٌ أو عَصَبَةٌ . امْرَأَةٌ وأُخْتانِ لِلْأَبَوَيْنِ أَوْ

٦/٩٦و

---

(٣) سقط من : ا .

(٤) سقط من : م . وفى ا : « لا » .

(١) فى م : « وثلاثون » خطأ .

لِأَبٍ أو أُخْتَانِ لِأُمٍّ وَعَصَبَةٌ . امرأةٌ وأخَوانِ لأمٍّ وَسَبْعَةُ إِخوة لِأَبٍ . العَوْلُ زَوْجٌ وابنتانِ وأُمٌّ، تعولُ إلى ثلاثةَ عشَرَ . امْرَأَةٌ وثلاثُ أَخَواتٍ مُفْتَرِقَات . زَوْجٌ وَأَبَوان وابْنَتَانِ . تعولُ إلى خمسةَ عشَرَ . امرأةٌ وأُختانِ من أَبٍ وأُختانِ مِنْ أُمٍّ . امْرَأَةٌ وَأُمٌّ وستُّ أخواتٍ مُفْتَرِقَاتٍ . تَعُولُ إلى سَبْعَةَ عشَرَ . ثلاثُ نِسْوَةٍ وجَدَّتَانِ وأَرْبَعُ أخواتٍ لأُمٍّ وثمانٍ لِأَبٍ . تَعُولُ إلى سَبْعَةَ عشَرَ ، ويَصِحُّ لِكُلِّ واحِدَةٍ مِنْهُنَّ سَهْمٌ، وتُسَمَّى أُمَّ الأَرَامِلِ ، ويُعَايَى[٢] بها ، فيقال : سبعَ عشْرَةَ امرأةً من جِهاتٍ مُخْتَلِفَةٍ ، اقْتَسَمْنَ مالَ مَيِّتٍ بالسَّوِيَّةِ لِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ . وهى هذه ، ولا يَعُولُ هذا الأصلُ إِلَى أَكْثَرَ من هذا ، ولا يُمْكِنُ أن يُكَمَّلَ هذا الأَصْلُ بفُروضٍ مِن غيرِ عَصَبَةٍ ولا عَوْلٍ ، ولا يُمْكِنُ أَنْ تَعُولَ إلَّا عَلَى الأَفْرادِ ؛ لأنَّ فيها فَرْضًا يُبايِنُ سائِرَ فُروضِها ، وهو الرُّبْعُ ، فإنَّهُ ثلاثةٌ وهى فردٌ ، وسائِرُ فُروضِها يكونُ زَوْجًا ، فالسُّدُسُ اثْنان ، والثلثُ أَرْبَعَةٌ ، والثُّلُثَان ثمانيةٌ ، والنِّصْفُ سِتَّةٌ . ومتى عَالَتْ إلى سَبْعَةَ عشَرَ ، لم يَكُن الميِّتُ فيها إلَّا رَجُلًا .

١٠١١ – مسألة ؛ قال : (وَمَا كَانَ فِيهِ ثُمُنٌ وسُدُسٌ ، أَوْ ثُمُنٌ وَسُدُسَانِ ، أَوْ ثُمُنٌ وَثُلُثَانِ ، فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَلَا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ)

إِنَّمَا كان كذلك ؛ لِأَنَّكَ تَضْرِبُ مَخْرَجَ الثُّمُنِ فِي مَخْرَجِ الثُّلُثَيْنِ ، أَوْ فى وَفْقِ مَخْرَجِ السُّدُسِ ، فيكونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، وَلَم نَقُلْ : وَثُلُثٌ ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ لا يَجْتَمِعُ مع الثُّمُنِ ، فإنَّهُ لا يكونُ إلَّا لِلزَّوْجَةِ مع الْوَلَدِ ، ولا يَكونُ الثُّلُثُ / فى مَسْأَلَةٍ فيها وَلَدٌ ؛ لأنَّهُ[١] لا يَكُونُ إلَّا لِوَلَدِ الأُمِّ ، وَالْوَلَدُ يُسْقِطُهم ، أو لِلأُمِّ[٢] بشَرْطِ عَدَمِ الْوَلَدِ . وَمَسائِلُ ذلك : امْرَأَةٌ وَأَبَوانِ وابْنٌ [٣]أو ابْنَانِ[٣] ، أو بَنُونَ وبَنَاتٌ . امْرَأَةٌ وَابْنَتَانِ وأُمٌّ وعَصَبَةٌ . ثلاثُ نِسْوَةٍ وَأَرْبَعُ جَدَّاتٍ وستَّ عَشْرَةَ بِنْتًا وأُخْتٌ . امْرَأَةٌ وبِنْتُ ابْنٍ وجَدَّةٌ،

٦/٩٦ ظ

---

(٢) المعاياة : نوع من الإلغاز ، يظهر به عِيُّ المرء .

(١) فى ا : « فإنه » .

(٢) فى م : « لأم » .

(٣-٣) سقط من : الأصل ، ا .

وعَصَبَةٌ . الْعَوْلُ : امْرَأَةٌ وأَبَوَانِ وابْنَتَانِ . تَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتُسَمَّى الْبَخِيلَةَ ؛ لأَنَّها أَقَلُّ الْأُصُولِ عَوْلًا ، لَمْ تَعُلْ إِلَّا بِثُمُنِها ، وتُسَمَّى الْمِنْبَرِيَّةَ ، لأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللهُ عنه ، سُئِلَ عنها على الْمِنْبَرِ ، فقال : صارَ ثُمُنُها تُسْعًا . ومَضَى فى خُطْبَتِهِ . يَعْنِى أَنَّ المَرْأَةَ كان لها الثُّمُنُ ، ثَلَاثَةٌ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، صارَ لها بِالْعَوْلِ ثلاثةٌ مِن سَبْعَةٍ وَعِشْرِين ، وهى التُّسْعُ . ولا يكُونُ الْمَيِّتُ فِى هذا الْأَصْلِ إِلَّا رجلًا ؛ لأَنَّ فيها ثُمُنًا ، ولا يكونُ إِلَّا لِلْمَرْأَةِ مع الْوَلَدِ ، ولا يُمْكِنُ أَنْ يَعُولَ هذا الْأَصْلُ إِلَى أَكْثَرَ مِن هذا ، إِلَّا على قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، فإنَّهُ يَحْجُبُ الزَّوْجَيْنِ والْأُمَّ بالْوَلَدِ الكَافِرِ ، والْقَاتِلِ ، والرَّقِيقِ ، ولا يُوَرِّثُهُ . فعلى قَوْلِهِ ، إذا كانت امْرَأَةٌ وَأُمٌّ ، وَسِتُّ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ووَلَدٌ كَافِرٌ ، فَلِلْأَخَوَاتِ الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثَانِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلْأُمِّ وَالْمَرْأَةِ السُّدُسُ ، وَالثُّمُنُ سَبْعَةٌ ، فَتَعُولُ إلى أَحَدٍ وثلاثِين .

فُصُولٌ فى تَصْحِيحِ الْمَسَائِلِ

وإذا لم تَنْقَسِمْ سِهامُ فَرِيقٍ مِن الْوَرَثَةِ عليهم قِسْمَةً صَحِيحَةً ، فاضْرِبْ عَدَدَهم فى أصْلِ الْمَسْأَلةِ[1] وعَوْلِها إنْ كانتْ عائِلَةً ، إلَّا أنْ يُوَافِقَ عَدَدُهم سِهَامَهم بِنِصْفٍ ، أوْ ثُلُثٍ ، أوْ غيرِ ذلك مِن الأَجْزاءِ ، فيُجْزِئُكَ ضَرْبُ وَفْقِ عَدَدِهم فى أصْلِ الْمَسْألةِ وعَوْلِها إنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، فَمَا بَلَغَ فمنه تَصِحُّ ، فإذَا أرَدْتَ الْقِسْمَةَ فكُلُّ مَنْ له شَىْءٌ مِنْ أصْلِ الْمَسْألةِ مَضْرُوبٌ فِى الْعَدَدِ الَّذى ضَرَبْتَهُ فى الْمَسْألَةِ ، وَهو الذى يُسَمَّى جُزْءَ السَّهْمِ ، فما بَلَغَ فهو له إنْ كَانَ وَاحِدًا ، وإنْ كانُوا جماعةً قَسَمْتَهُ عليهم . وَإنْ شِئْتَ قُلْتَ : إذا كان الْكَسْرُ على / فَرِيقٍ وَاحِدٍ فلِوَاحِدِهم بَعْدَ التَّصْحِيحِ مِثْلُ ما كانَ لِجَمَاعَتِهم قبلَ التَّصْحِيحِ ، أوْ وَفْقُهُ إنْ كان وَافَقَ ، مِثالُ ذلك ، زَوْجٌ ، وأُمٌّ ، وثلاثةُ إخْوَةٍ ، أصْلُها مِنْ سِتَّةٍ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثلاثةٌ ، ولِلأُمِّ السُّدُسُ سَهْمٌ ، يَبْقَى[2] لِلإِخْوَةِ سَهْمانِ ، لا تَنْقَسِمُ عليهم ، ولا تُوَافِقُهم ، فاضْرِبْ عَدَدَهم ، وهو ثلاثةٌ فى أصْلِ الْمَسْألَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِلزَّوْجِ ثلاثةٌ فى ثَلَاثَةٍ تِسْعَةٌ ، ولِلأُمِّ سَهْمٌ فى ثلاثةٍ ثلاثةٌ ، ولِلإِخْوَةِ سَهْمانِ فِى ثلاثةٍ تَكُنْ سِتَّةً ، لكُلِّ وَاحِدٍ مِنهم سَهْمَانِ . وَلو كان الإِخْوَةُ سِتَّةً ، وَافَقَتْهم سِهَامُهم بالنِّصْفِ ، فتَرُدُّهم[3] إلَى نِصْفِهِم ثلاثةٌ[4] ، وَتَعْمَلُ فيها كعَمَلِكَ فِى الأُولَى سَوَاءً ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الإِخْوَةِ سَهْمٌ ، وهو وَفْقُ سِهامِ جَمَاعَتِهم .

٩٧/٦و

فصل : وإنْ كان الْكَسْرُ على فَرِيقَيْنِ ، لم تَخْلُ مِنْ أرْبَعَةِ أقْسامٍ ؛ أحَدُها ، أنْ يكونَ

---

(١) فى ا : « مسألتهم » .

(٢) فى م : « بقى » .

(٣) فى م : « فردهم » .

(٤) أى : وهو ثلاثة .

الْعَدَدَانِ مُتَمَاثِلَيْنِ ، فيُجْزِئُكَ ضَرْبُ أَحَدِهما فى الْمَسْأَلةِ ، ومِثَالُ ذلك ، زَوْجٌ ، وثلاث جَدَّاتٍ، وثلاثةُ إِخْوَةٍ، أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ ، لِلزَّوْجِ ثلاثةٌ، ولِلْجَدَّاتِ سَهْمٌ، ولِلْإِخوَةِ سَهْمَانِ ، فتَضْرِبُ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ فِى الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وطَرِيقُ الْقِسْمَةِ فيها مِثْلُ طَرِيقِها إذا كان الْكَسْرُ على فَرِيقٍ وَاحِدٍ سَوَاءً . ولو كان الْإِخْوَةُ سِتَّةً ، وَافَقُوا سَهْمَهم بالنِّصْفِ ، رَجَعُوا إلى ثلاثةٍ ، وكان الْعَمَلُ فيها كما ذَكَرْنا سَوَاءً . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يكونَ الْعَدَدَانِ مُتَنَاسِبَيْنِ ، وهو أنْ يكُونَ أَحَدُهُما يَنْتَسِبُ إِلَى الآخرِ بجُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ ، كنِصْفِه وثُلُثِهِ ، أو غيرِ ذلك مِنَ الْأَجْزَاءِ ، فيُجْزِئُكَ ضَرْبُ الْعَدَدِ الْأَكْثَرِ منهما فِى الْمَسْأَلةِ ، ومِثَالُه ما لَوْ كان الْجَدَّاتُ فى هذه الْمَسْأَلَةِ سِتًّا ، فإنَّ عَدَدَ الإِخْوَةِ[5] نِصْفُ عَدَدِ الْجَدَّاتِ ، فاجْتَزِئْ بعَدَدِهِنَّ ، واضْرِبْهُ فى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ سِتَّةً وثلاثِينَ ، ومنها تَصِحُّ . ولو كان عَدَدُ الْإِخْوَةِ سِتَّةً ، وَافَقَتْهم سِهَامُهم بالنِّصْفِ ، وَرَجَعُوا إِلَى ثلاثةٍ ، وعَمِلْتَ على مَا ذَكَرْنَاهُ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، أَنْ يكونَ الْعَدَدَانِ مُتَبَايِنَيْنِ ، لا يُمَاثِلُ أَحَدُهُما / الْآخَرَ ، ولا يُنَاسِبُهُ ، ولا يُوَافِقُهُ ، مِثْلُ أَنْ يكونَ عَدَدُ الْجَدَّاتِ أَرْبَعًا والْإِخْوَةِ ثَلَاثَةً ، فإنَّكَ تَضْرِبُ عَدَدَ أَحَدِهما فى جَمِيعِ الْأَجْزَاءِ ، فما بَلَغَ ضَرَبْتَهُ فى الْمَسْأَلَةِ ، ومتى ضَرَبْتَهُ هٰهُنا كان اثْنَىْ عَشَرَ ، فإذا ضَرَبْتَهُ فى الْمَسْأَلَةِ كانتْ اثْنَيْنِ وسَبْعِينَ . وإنْ وَافَقَ أَحَدُ الْعَدَدَيْنِ سِهَامَه دُونَ الْآخَرِ ، أَخَذْتَ وَفْقَ الْمُوَافِقِ ، وضَرَبْتَهُ فيما لم يُوَافِقْ ، وعَمِلْتَ على مَا ذَكَرْنَا . وإِنْ وَافَقَا جَمِيعًا سِهَامَهما ، رَدَدْتَهما إلى وَفْقِهِما ، وعَمِلْتَ فى الْوَفْقَيْنِ عَمَلَكَ فى الْعَدَدَيْنِ الْأَصْلِيَّيْنِ . الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، أنْ يكونَ الْعَدَدانِ مُتَّفِقَيْنِ بِنِصْفٍ ، أو ثُلُثٍ ، أو رُبْعٍ ، أو غيرِ ذلك مِنَ الْأَجْزَاءِ ، فإنَّكَ تَرُدُّ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ إلى وَفْقِهِ ، ثم تَضْرِبُهُ فِى جَمِيعِ الْآخرِ ، فما بَلَغَ ضَرَبْتَهُ فِى الْمَسْأَلَةِ ، ومِثَالُهُ ، أَنْ تكونَ الْإِخْوَةُ تِسْعَةً ، وَالْجَدَّاتُ سِتًّا ، فيَتَّفِقَانِ بالثُّلُثِ ، فتَرُدُّ الْجَدَّاتِ إِلَى ثُلُثِهِنَّ اثْنَيْنِ ، وتَضْرِبُهما فِى عَدَدِ الْإِخْوَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ثم تَضْرِبُ ذلك فِى أَصْلِ

٩٧/٦ ظ

---

(٥) فى م : « الأخوات » .

الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمانِيَةً ، ومِنها تَصِحُّ .

فصل : وإنْ كان الْكَسْرُ على ثلاثةِ أَحْيازٍ ، نَظَرْتَ ، فإنْ كانتْ مُتَماثِلَةً ، كثلاثِ جَدَّاتٍ وثلاثِ بَنَاتٍ وثلاثةِ أَعْمَامٍ ، ضَرَبْتَ أَحَدَها فى الْمَسْأَلَةِ ، فما بلَغَ فمنه تَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ ، ولِكُلِّ وَاحِدٍ منهم بَعْدَ التَّصْحِيحِ مِثْلُ ما كان لِجَمَاعَتِهِم . وإنْ كانتْ مُتَناسِبَةً ، كجَدَّتَيْنِ وخَمْسِ بَنَاتٍ وعَشَرَةِ أَعْمَامٍ ، اجْتَزَأْتَ بِأَكْثَرِهَا ، وهى الْعَشَرَةُ ، فضَرَبْتَهَا فِى الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ سِتِّينَ ، ومنها تَصِحُّ . وإنْ كانَتْ مُتَبَايِنَةً ، مِثْلَ أَنْ يكونَ الْأَعْمَامُ فى هذه الْمَسْأَلَةِ ثلاثةً ، ضَرَبْتَ بَعْضَهَا فى بَعْضٍ ، تكُنْ ثلاثِينَ ، ثم ضَرَبْتَهَا فى الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمانِينَ . وإنْ كانتْ مُتَوَافِقَةً ، كَسِتِّ جَدَّاتٍ وتِسْعِ بَنَاتٍ وخَمْسَةَ عَشَرَ عَمًّا ، ضَرَبْتَ وَفْقَ عَدَدٍ منها فى جَمِيعِ الْآخَرِ ، فَما بلَغَ وَافَقْتَ بَيْنَهُ وبَيْنَ الثَّالِثِ ، وضَرَبْتَ وَفْقَهُ فِى جَمِيعِ الثَّالِثِ ، [6]ثم اضْرِبْ ما معك فى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ[6] ، فما بَلَغَ فمنه تَصِحُّ . وإنْ تَمَاثَلَ اثْنَانِ منها وَبايَنَهُما الثَّالِثُ ، أو وَافَقَهُما ، ضَرَبْتَ أَحَدَ الْمُتَماثِلَيْنِ فِى جَمِيعِ الثَّالِثِ ، أو فى وَفْقِهِ إنْ كان مُوافِقًا ، / فَمَا بَلَغَ ضَرَبْتَهُ فى الْمَسْأَلَةِ . وإنْ تَنَاسَبَ اثْنانِ ، وبايَنَهُما الثَّالِثُ ، ضَرَبْتَ أَكْثَرَهما فى جَمِيعِ الثَّالِثِ ، أو فى وَفْقِهِ إنْ كان مُوافِقًا ، ثم فى الْمَسْأَلَةِ ، وإنْ تَوَافَقَ اثْنانِ ، وبايَنَهُما الثَّالِثُ ، ضَرَبْتَ وَفْقَ أَحدِهما فى جَمِيعِ الآخَرِ ، ثم فى الثَّالِثِ ، وإنْ تَبَايَنَ اثْنانِ ، ووَافَقَهما الثَّالِثُ ، كأَرْبَعَةِ أَعْمَامٍ ، وسِتِّ جَدَّاتٍ ، وتِسْعِ بَنَاتٍ ، أَجْزَأَكَ ضَرْبُ أَحدِ الْمُتَبايِنَيْنِ فى الآخرِ ، ثم تَضْرِبُهُ فى الْمَسْأَلةِ ، ويُسَمَّى هذا الْمَوْقُوفَ المُقَيَّدَ ؛ لأَنَّكَ إذا أَرَدتَ وَقْفَ أَحَدِهما ، لَمْ يَقِفْ إلَّا السِّتَّةُ ، ولو وَقَفْتَ غيرَها ، مِثْلَ أَنْ تَقِفَ التِّسْعَةَ ، وتَرُدَّ السِّتَّةَ إلى الاثْنَيْنِ لَدَخَلَا[7] فى الْأَربَعَةِ ، وَأَجزَأَكَ ضَرْبُ الْأَرْبَعَةِ فى التِّسْعَةِ ، ولو وَقَفْتَ الْأَرْبَعَةَ ، رَدَدْتَ السِّتَّةَ إلى ثلاثةٍ ، ودَخَلَتْ فى التِّسْعَةِ ، وَأَجْزَأَكَ ضَرْبُ الْأَرْبَعَةِ فى التِّسْعَةِ . فأَمَّا إنْ كانتِ الْأَعْدادُ الثَّلاثَةُ مُتَوافِقَةً ، فإنَّهُ يُسَمَّى الْمَوْقُوفَ المُطْلَقَ ، وفى عَمَلِهَا طَرِيقَانِ ؛ أَحدُهما ، ما ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ ، وهو طَرِيقُ الْكُوفِيِّينَ . والثَّانِى ، طَرِيقُ

٩٨/٦و

(٦ – ٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٧) فى م : « أدخلا » .

الْبَصْرِيِّينَ ، وهو أَنْ تَقِفَ أَحدَ الثَّلاثَةِ ،وتُوَافِقَ بينه وبين الآخرَيْنِ ، وَتَرُدَّهما إلَى وَفْقِهِمَا ، ثم تَنْظُرَ فِي الْوَفْقَيْنِ ، فإنْ كَانَا مُتَمَاثِلَيْنِ ، ضَرَبْتَ أَحَدَهما فِي الْمَوْقُوفِ ، وإنْ كَانَا مُتَنَاسِبَيْنِ ، ضَرَبْتَ أَكْثَرَهما ، وَإنْ كانا مُتَبَايِنَيْنِ ، ضَرَبْتَ أَحَدَهمَا فِي الآخَرِ ، ثم فِي الْمَوْقُوفِ ، وإنْ كانا مُتَوَافِقَيْنِ ، ضَرَبْتَ وَفْقَ أَحَدِهِما في جَمِيعِ الآخَرِ ، ثم في الْمَوْقُوفِ ، فما بَلَغَ ضَرَبْتَهُ في الْمَسْأَلةِ ، ومِثَالُ ذَلِكَ : عَشْرُ جَدَّاتٍ واثْنَا عَشَرَ عَمًّا وَخَمْسَ عَشرةَ بِنْتًا ، فقِفِ[8] الْعَشَرَةَ ، تُوَافِقُهَا الاثْنَا عَشَرَ بِالنِّصْفِ ، فتَرْجِعُ إلى سِتَّةٍ ، وتُوَافِقُهَا الْخَمْسَ عَشَرَةَ بِالأَخْمَاسِ ، فتَرْجِعُ إلى ثلاثةٍ ، وهى دَاخِلَةٌ فى السِّتَّةِ ، فتَضْرِبُ السِّتَّةَ فى الْعَشَرَةِ ، تَكُنْ سِتِّينَ ، ثم فى الْمَسْأَلَةِ ، تَكُنْ ثلاثمائةٍ وسِتِّينَ . وإنْ وَقَفْتَ الاثْنَا عَشَرَ ، رَجَعَتِ الْعَشَرَةُ إِلَى نِصْفِهَا خَمْسَةً ، والْخَمْسَ عَشَرَةَ إِلَى ثُلُثِهَا خَمْسَةً ، وهما مُتَمَاثِلَانِ ، فتَضْرِبُ خَمْسَةً / فى اثْنَىْ عَشَرَ ، تَكُنْ سِتِّينَ ، وإنْ وَقَفْتَ الْخَمْسَ عَشْرَةَ ، رَجَعَتِ الْعَشَرَةُ إِلَى اثْنَيْنِ ، والاثْنَا عَشَرَ إلى أَرْبَعَةٍ ، وَدَخَلَ الاثْنَانِ فى الأَرْبَعَةِ ، فتَضْرِبُهَا فى الْخَمْسَ عَشْرَةَ ، تَكُنْ سِتِّينَ ، ثم فى الْمَسْأَلةِ .

٦/٩٨ظ

فصل : فى مَعْرِفَةِ الْمُوَافَقَةِ ، وَالْمُنَاسَبَةِ ، وَالْمُبَايَنَةِ ؛ الطَّرِيقُ فى ذلك أنْ تُلْقِيَ أَقَلَّ الْعَدَدَيْنِ مِنْ أَكْثَرِهما مَرَّةً بعدَ أُخْرَى ، فَإِنْ فَنِيَ به فالْعَدَدانِ مُتَنَاسبَانِ ، وَإنْ[9] لَمْ يَفْنَ به ، ولكِنْ بَقِيَتْ مِنْهُ بَقِيَّةٌ ، أَلْقَيْتَهَا مِن الْعَدَدِ الأَقَلِّ ، فإنْ بَقِيَتْ منه بَقِيَّةٌ أَلْقَيْتَها مِن الْبَقِيَّةِ الأُولَى ، ولا تَزَالُ كذلك تُلْقِي كُلَّ بَقِيَّةٍ مِن الَّتِى قَبْلَها ، حَتَّى يَصِلَ إلى عَدَدٍ يفْنَى الْمُلْقَى مِنه ، غَيْرَ الوَاحِدِ ، فأَىُّ بَقِيَّةٍ فَنِيَ بِها غيرُ الْوَاحِدِ ، فَالْمُوافَقَةُ بينَ الْعَدَدَيْنِ بِجُزْءِ ، وتلك الْبَقِيَّةُ إنْ كانتْ اثْنَيْنِ فبالأَنْصافِ ، وإنْ كانتْ ثلاثةً فبالأَثْلاثِ ، فإنْ كانتْ أَرْبَعَةً فبِالأَرْبَاعِ ، فإنْ كانتْ أَحَدَ عَشَرَ ، أو اثْنَيْ عَشَرَ ، أو ثلاثةَ عَشَرَ ، فيُجزَّأُ ذلك ، وَإنْ بَقِيَ وَاحِدٌ ، فالْعَدَدَانِ مُتَبَايِنَانِ . وَمِمَّا يَدُلُّكَ على تَنَاسُبِ الْعَدَدَيْنِ ، أَنَّكَ متى زِدْتَ

---

(٨) فى ا : « فيقف » .

(٩) فى ا زيادة : « كان » .

على الأقلِّ مِثْلَهُ أبدًا ، ساوَى الأكثرَ ، ومتى قَسَمْتَ الأكثرَ على الأقلِّ ، انْقَسَمَ قِسْمَةً صَحِيحَةً ، ومتى نَسَبْتَ الأقلَّ إلى الأكثرِ ، انْتَسَبَ إليه بِجُزْءٍ وَاحِدٍ ، ولا يَكُونُ ذلك إلَّا فى النِّصْفِ فما دُونَهُ .

فصل : فى مَسَائِلِ المُناسَخاتِ ، ومَعْنَاهَا أَنْ يَمُوتَ مِن وَرَثَةِ المَيِّتِ إنْسَانٌ قَبْلَ قَسْمِ تَرِكَةِ الأَوَّلِ ، فإذا وُجِدَ ذلك نَظَرْتَ ؛ فإنْ كان وَرَثَةُ الأَوَّلِ يَرِثُونَ الثَّانِىَ على حَسَبِ مِيراثِهِم مِنَ[10] الأَوَّلِ ، مِثْل أَنْ يكُونُوا عَصَبَةً لهما جَمِيعًا ، وقَدْ يَتَّفِقُ ذلك فى أصْحَابِ الفُرُوضِ ، فى مَسَائِلَ يَسِيرَةٍ ، كرَجُلٍ ماتَ عن امْرَأَةٍ وثلاثةِ بَنِينَ وَبِنْتٍ ، [11]ثُمَّ ماتَ أَحَدُ البَنِينَ قَبْلَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ[11] ، فَإنَّ لِلْمَرْأَةِ مِن الأُولى[12] سَهْمًا مِثْلَ سَهْمِ البِنْتِ ، وكَنِصْفِ سَهْمِ ابْنٍ ، وكذلك لها مِن الثَّانِيَةِ ، فإذا كان كذلكَ ، فَاقْسِمِ المَسْأَلَةَ على وَرَثَةِ الثَّانِى ، ولَا تَنْظُرْ إلَى الأَوَّلِ[12] ، فلو خَلَّفَ رجلٌ خَمْسَةَ بَنِينَ وخَمْسَ بَنَاتٍ ، فَمَاتَ مِنْهُمُ ابنٌ ، ثُمَّ بِنْتٌ ، ثم ابْنٌ ، ثم بِنْتٌ ، [11]ثم ابْنٌ ، ثم بِنْتٌ[11] ، / قَسَمْتَ المِيرَاثَ عَلَى الابْنَيْنِ البَاقِيَيْنِ ، والْبِنْتَيْنِ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، ولم يُنْظَرْ فى بَقِيَّةِ المَسَائِلِ . فإن كان معهم مَنْ يَرِثُ مِن الأُولَى دُونَ ما بَقِىَ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعَ هؤلاءِ امْرَأَةٌ لِلْمَيِّتِ ليستْ أُمًّا لَهُمْ ، فإنَّكَ تَعْزِلُ[13] لها الثُّمْنَ ، وتَقْسِمُ البَاقِى على ما ذَكَرْنَاهُ ، وإنْ كانتْ أُمًّا لهم إلَّا أَنَّها ماتتْ قَبْلَهم ، أو بعدَ بَعْضِهِم ، ولم تُخَلِّفْ وَارِثًا غَيْرَهم ، قَسَمْتَ المِيراثَ كُلَّهُ على البَاقِينَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، ولَم يُنْظَرْ فِى مِيراثِها ؛ لأنَّهُ قد صارَ إلَيْهم ، فَإنْ لم يَكُونُوا كذلك ، فإنَّكَ تَقْسِمُ مَسْأَلَةَ الأَوَّلِ[14] ، ثم تَنْظُرُ ما صَارَ لِلْمَيِّتِ الثَّانِى منها[15] ، فإنِ انْقَسَمَ على مَسْأَلَتِهِ فقد صَحَّتِ المَسْأَلَتانِ مِمَّا صَحَّتْ منه

٦/٩٩و

---

(١٠) سقط من : ا .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى ب ، م : « الأول » .

(١٣) فى م : « تفرز » .

(١٤) فى ا : « الأولى » .

(١٥) فى ا : « بها » . وفى م : « فيها » .

الأُولَى ، ومِثَالُ ذلك ، امْرَأَةٌ وَبِنْتٌ مِنْ غيرِها وأَخٌ ، مَاتَتِ الْبِنْتُ وخَلَّفَتْ زَوْجًا وبِنْتًا وعَمًّا[١٦] . فالمَسْأَلَةُ الأُولَى مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، لِلْمَرْأَةِ سَهْمٌ ، وَلِلْبِنْتِ أَرْبَعَةٌ ، وَيَبْقَى لِلْأَخِ ثَلَاثَةٌ ، ومَسْأَلَةُ الْمَيِّتَةِ الثَّانِيَةِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِزَوْجِهَا سَهْمٌ ، ولِابْنَتِهَا سَهْمانِ ، ويَبْقَى سَهْمٌ لِلْأَخِ الأَوَّلِ ، فصَارَ له مِن الْمَسْأَلَتَيْنِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ ، وصَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ .

وإنْ لَمْ تَنْقَسِمْ سِهَامُ الْمَيِّتِ الثَّانِي على مَسْأَلَتِهِ ، وَافَقْتَ بَيْنَ سِهَامِهِ وَمَسْأَلَتِهِ . فإنِ اتَّفَقَا ، رَدَدْتَ مَسْأَلَتَهُ إلى وَفْقِهَا ، ثُم ضَرَبْتَهُ فى الْمَسْأَلَةِ الأُولَى ، فما بَلَغَ فمنه تَصِحُّ الْمَسْأَلَتَانِ ، ثم كُلُّ مَنْ له شَىْءٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ، وكُلُّ مَنْ له شَىْءٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ سِهَامِ الْمَيِّتِ الثَّانِى . مِثَالُ ذَلِكَ ، إذَا خَلَّفَتِ الْبِنْتُ زَوْجًا وابْنَتَيْنِ ، فَمَسْأَلَتُهَا مِن اثْنَىْ عَشَرَ ، تُوَافِقُها سِهَامُها بِالرُّبُعِ ، فَتَرْجِعُ إلى ثَلاثَةٍ ، تُضْرَبُ فى ثَمَانِيَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، لِلْمَرْأَةِ سَهْمٌ مِنَ الأُولَى فى ثَلَاثَةٍ بثلاثةٍ[١٧] وَلِلْأَخِ ثلاثةٌ فِى ثلاثةٍ بِتِسْعَةٍ ، وله مِن الثَّانِيَةِ سَهْمٌ فى سَهْمٍ ، تَكُنْ عَشَرَةً ، ولِلزَّوْجِ ثلاثةٌ فى سَهْمٍ ، وَلِلابْنَتَيْنِ ثَمَانِيَةٌ . وَإنْ لم يُوَافِقْ سِهَامُهُ مَسْأَلَتَهُ ، ضَرَبْتَ الْمَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ فى الْأُولَى ، ثم كُلُّ مَنْ لَهُ شَىْءٌ مِن الْمَسْأَلَةِ الأُولَى مَضْرُوبٌ فى الثَّانِيَةِ ، وَمَنْ لَهُ شَىْءٌ مِن الثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ / فِى سِهَامِ الْمَيِّتِ الثَّانِى ، فإنْ مَاتَ ثَالِثٌ ، عَمِلْتَ مَسْأَلَتَهُ ، وَنَظَرْتَ سِهَامَهُ مِمَّا صَحَّتْ منه الْمَسْأَلَتَانِ ، فإنِ انْقَسَمَ على مَسْأَلَتِهِ ، صَحَّتْ مِمَّا صَحَّتْ منه الْأُولَيَانِ ، وإنْ لَمْ تَصِحَّ ، وَافَقْتَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وسِهَامِهِ ، وضَرَبْتَ وَفْقَ سِهَامِ[١٨] مَسْأَلَتِهِ إنْ وَافَقَتْ ، أَوْ جَمِيعِهَا ، إنْ لم تُوَافِقْ ، فيما صَحَّتْ مِنْهُ الْأُولَيَانِ ، وعَمِلْتَ على ما ذَكَرْنَاهُ . وكذلك تَصْنَعُ فى الرَّابِعِ والْخَامِسِ وما بَعْدَهُ .

٦/٩٩ظ

فصل : وَإنْ أَرَدْتَ قَسْمَتَ الْمَسْأَلَةَ على قَرَارِيطِ الدِّينَارِ ، فإنَّهَا فى عُرْفِ أَهْلِ بَلَدِنَا أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ قِيرَاطًا ، فإنْ كَانَتِ السِّهَامُ كَثِيرَةً فلك فى قَسْمِها طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهما ،

---

(١٦) فى الأصل ، ا : « وعمها » .

(١٧) سقط من : الأصل ، م .

(١٨) سقط من : الأصل ، ا .

أَنْ تَنْظُرَ ما تَرَكَّبَ منه الْعَدَدُ ، فإِنَّهُ لابُدَّ أَنْ يَتَرَكَّبَ مِنْ ضَرْبِ عَدَدٍ فى عَدَدٍ ، فَانْسِبْ أَحَدَ الْعَدَدَيْنِ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، إِنْ كان أَقَلَّ منها ، وخُذْ مِنَ العددِ الآخرِ مِثْلَ تلك النِّسْبَةِ ، فما كان فهو لِكُلِّ قِيرَاطٍ . وإِنْ كان أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ قَسَمْتَهُ[19] عليها ، فما خَرَجَ بِالْقَسْمِ فاضْرِبْهُ فِى الْعددِ الآخرِ ، فما بَلَغَ فهو نَصِيبُهُ ، مِثَالُ ذلك ، سِتُّمائَةٍ أَرَدْتَ قِسْمَتَها ، فإِنَّكَ تَعْلَمُ أَنَّهَا مُتَرَكِّبَةٌ مِنْ ضَرْبِ عِشْرِينَ فى ثلاثِينَ ، فانْسِبِ الْعِشْرِينَ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ نِصْفَها ، وَثُلُثَهَا ، فَخُذْ نِصْفَ الثَّلَاثِينَ ، وَثُلُثَها ، خَمْسَةً وَعِشرين ، فهو سَهْمُ الْقِيرَاطِ . وإِنْ قَسَمْتَ الثَّلَاثِينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ ، خَرَجَ بِالْقَسْمِ سَهْمٌ وَرُبُعٌ ، فَاضْرِبْهَا تَكُنْ خَمْسَةً وعِشْرِينَ ، كما قُلْنَا . وَالثَّانِى ، أَنْ تَنْظُرَ عَدَدًا إِذَا ضَرَبْتَهُ فِى الْأَرْبَعَةِ والْعِشْرِينَ سَاوَى الْمَقْسُومَ أو قَارَبَهُ ، فإِذا بَقِيَتْ منه بَقِيَّةٌ ، ضَرَبْتَهَا فِى عَدَدٍ آخَرَ ، حتى يَبْقَى أَقَلُّ مِنَ الْمَقْسُومِ عليه ، ثم تَجْمَعُ الْعَدَدَ الذى ضَرَبْتَهُ إليه ، وتَنْسِبُ تِلْكَ الْبَقِيَّةَ مِنَ الْمَقْسُومِ عليه ، فتَضُمُّهَا إِلَى الْعَدَدِ ، فيكونُ ذلك سَهْمَ القِيرَاطِ . مِثَالُه فى مَسْأَلَتِنَا ، أَنْ تَضْرِبَ عِشْرِينَ فِى أَرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ ، تَكُنْ أَرْبَعَمائَةٍ وثَمانِينَ ، ثم تَضْرِبَ خَمْسَةً فى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ مِائَةً وَعِشْرِينَ ، وتَضُمُّ الْخَمْسَةَ / إِلَى الْعِشْرِينَ ، فيكُونُ ذلك سِهَامَ الْقِيرَاطِ . فإِذا عَرَفْتَ سِهَامَ الْقِيرَاطِ ، فانْظُرْ كُلَّ مَنْ لَهُ سِهَامٌ ، فأَعْطِهِ بِكُلِّ سَهْمٍ مِنْ سِهامِ الْقِيرَاطِ قِيرَاطًا ، فإِنْ بَقِىَ له مِنَ السِّهَامِ ما لا يَبْلُغُ قِيرَاطًا ، فانْسِبْهُ إِلَى سِهَامِ الْقِيرَاطِ ، وأَعْطِهِ منه مِثْلَ تِلْكَ النِّسْبَةِ ، فإِنْ كان فى سِهَامِ الْقِيرَاطِ كَسْرٌ ، بَسَطْتَهَا مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ ، ثُمَّ كُلُّ مَنْ لَهُ سِهامٌ بِعَدَدِ مَبْلَغِ السِّهَامِ ، فله بِعَدَدِ مَخْرَجِ الْكَسْرِ قَرَارِيطُ ، وتَضْرِبُ بَقِيَّةَ سِهَامِهِ فى مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، وتَنْسِبُهَا منها . مِثَالُ ذَلِكَ ، زَوْجٌ وأَبَوَانِ وابْنَتَانِ ، مَاتَتِ الأُمُّ ، وَخَلَّفَتْ أُمًّا ، وزَوْجًا ، وأُخْتًا مِنْ أَبَوَيْنِ ، وأُخْتَيْنِ مِنْ أَبٍ ، وأُخْتَيْنِ مِنْ أُمٍّ ، فالأُولَى مِنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ، والثَّانِيَةُ مِنْ عِشْرِينَ ، فتَضْرِبُ وَفْقَ إِحْدَاهُما فى الأُخْرَى ، تَكُنْ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، وسَهْمُ الْقِيرَاطِ

(100/6 و)

---

(١٩) فى ا : « فقسمه » . وفى م : « قسمه » .

سِتَّةٌ ورُبْعٌ ، فَابْسُطْهَا أَرْبَاعًا ، تَكُنْ خَمْسَةً وعِشْرِينَ ، فهذه سِهَامُ الْقِيرَاطِ ، فلِلْبِنْتِ مِن الْأُولَى أَرْبَعَةٌ فى عَشَرَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعِينَ ، فلها بِخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ أَرْبَعَةٌ ، تَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، اضْرِبْها فِى مَخْرَجِ الْكَسْرِ تَكُنْ سِتِّينَ ، واقْسِمْهَا على خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنِ اثْنَيْنِ وخُمْسَيْنِ ، فصَارَ لها سِتَّةٌ وخُمُسَانِ ، ولِلْأَبِ مِن الْأُولَى والثَّانِيَةِ سِتَّةٌ وعِشْرُونَ ، فله بِخَمْسَةٍ وعِشْرِينَ أَرْبَعَةُ قَرَارِيطَ ، وابْسُطِ السَّهْمَ الْبَاقِىَ أَرْبَاعًا ، تَكُنْ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ خُمُسٍ ، وَلِزَوْجِ الْأُولَى ثلاثُونَ ، فله بِخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ منها أَرْبَعَةُ قَرَارِيطَ ، وابْسُطِ الْخَمْسَةَ الْبَاقِيَةَ ، تَكُنْ عِشْرِينَ ، وهى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ قِيرَاطٍ ، ولِأُمِّ الثَّانِيَةِ سَهْمَانِ ، ابْسُطْهُما أَرْبَاعًا ، تَكُنْ خُمُسَ قِيرَاطٍ وثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ خُمُسِ قِيرَاطٍ ، وكذلك لِكُلِّ أُخْتٍ مِنْ أُمٍّ ، ولِلْأُخْتَيْنِ مِنَ الْأَبِ مِثْلُ ذَلِكَ ، ولِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ سِتَّةٌ ، ابْسُطْها أَرْبَاعًا ، تَكُنْ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ قِيرَاطٍ ، وأَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ خُمُسٍ .

فصل : فى قِسْمَةِ التَّرِكَاتِ ، إنْ أَمْكَنَ أَنْ تَنْسِبَ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ مِنَ الْمَسْأَلَةِ ، ثم تُعْطِيَه مِنَ التَّرِكَةِ مِثْلَ تِلْكَ النِّسْبَةِ ، فحَسَنٌ . ومِثَالُ ذَلِكَ ، زَوْجٌ وَأَبَوَانِ وَابْنَتَانِ ، وَالتَّرِكَةُ / أَرْبَعُونَ دِينَارًا ، فلِلزَّوْجِ ثلاثةٌ ، وَهِىَ خُمُسُ الْمَسْأَلَةِ ، فله خُمُسُ التَّرِكَةِ ، ٦/١٠٠ظ وهى ثَمَانِيَةُ دَنَانِيرَ ، ولِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ثُلُثَا خُمُسِ الْمَسْأَلَةِ ، فله ثُلُثَا الثَّمَانِيَةِ ، ولِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبِنْتَيْنِ مِثْلُ مَالِلْأَبَوَيْنِ كِلَيْهِما ، وإنْ شِئْتَ ضَرَبْتَ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ فِى التَّرِكَةِ ، وقَسَمْتَ ذلك على الْمَسْأَلَةِ ، فما خَرَجَ فهو نَصِيبُهُ ، وَإنْ شِئْتَ قَسَمْتَ التَّرِكَةَ على الْمَسْأَلَةِ ، ثم ضَرَبْتَ الْخَارِجَ بِالْقَسْمِ فِى سِهَامِ كُلِّ وَارِثٍ ، فما بَلَغَ فهو له ، وإذا كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ عَدَدًا أَصَمَّ ، عَمِلْتَ بِإِحْدَى هَاتَيْنِ الطَّرِيقَتَيْنِ ، وإنْ كان فِى السِّهَامِ كَسْرٌ ، بَسَطْتَهَا مِنْ جِنْسِه على مَا ذَكَرْنَا فى الْقَسْمِ عَلَى قَرَارِيطِ الدِّينَارِ . وَلَكَ فى قَسْمِ التَّرِكَةِ فى مَسَائِلِ الْمُنَاسَخَاتِ ، أَنْ تَقْسِمَ التَّرِكَةَ أو الْقَرَارِيطَ على الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فما حَصَلَ لِلْمَيِّتِ الثَّانِى ، قَسَمْتَهُ على مَسْأَلَتِهِ ، ثم تَفْعَلُ بِالثَّالِثِ وَالرَّابعِ وما بَعْدَهما كذلك . وإذا كان بَيْنَ الْمَسْأَلَةِ والتَّرِكَةِ مُوَافَقَةٌ ، فَخُذْ وَفْقَيْهِما ، واعْمَلْ بِهِما مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا كانتِ التَّرِكَةُ سِهَامًا مِنْ عَقَارٍ ، فاضْرِبْ أَصْلَ سِهَامِ الْعَقَارِ فيما صَحَّتْ منه الْمَسْأَلَةُ ، فما بَلَغَ فهو سِهَامُ الْعَقَارِ ، واضْرِبْ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ مِنْ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ فى السِّهَامِ الْمَوْرُوثَةِ[20] من الْعَقَارِ ، واضْرِبْ سِهَامَ الشُّرَكَاءِ فى أَصْلِ مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ . ومِثَالُ ذلك : زَوْجٌ وأُمٌّ وأُخْتٌ ، والتَّرِكَةُ رُبْعٌ ، وَسُدُسُ دَارٍ ، الْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، وأَصْلُ سِهَامِ الْعَقَارِ اثْنَا عَشَرَ ، فاضْرِبْها فى الثَّمَانِيَةِ ، تَكُنْ سِتَّةً وَتِسْعِينَ ، فلِلزَّوْجِ ثلاثةٌ مِنْ مَسْأَلَةٍ مَضْرُوبَةٌ فى السِّهَامِ الْمَوْرُوثَةِ ، وهى خَمْسَةٌ ، تَكُنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ، وَلِلْأُخْتِ كذلك ، فانْسِبْهَا مِنَ الدَّارِ ، تَكُنْ ثُمُنَها ورُبعَ ثُمُنِها ، ولِلْأُمِّ سَهْمَانِ فى خَمْسَةٍ ، تَكُنْ عَشَرَةً ، وهى نِصْفُ سُدُسِ الدَّارِ ، وثُمُنُ سُدُسِها . وإنْ شِئْتَ قُلْتَ : هى نِصْفُ ثُمُنِهَا ، وثُلُثُ ثُمُنِها . وإنْ شِئْتَ بَسَطْتَ الرُّبْعَ والسُّدُسَ مِنْ قَرَارِيطِ الدِّينَارِ ، وهِى عَشَرَةٌ ، وَقَسَمْتَها على الْمَسْأَلَةِ ، فَلِلْأُمِّ رُبْعُها ، وهو[21] / قِيراطَانِ ونِصْفٌ ، ولِلْأُخْتِ ثلاثةُ أَثْمَانِها ، وهى ثلاثةُ قَرَارِيطَ وثلاثةُ أَرْبَاعِ قِيرَاطٍ ، وكذلك الزَّوْجُ .

٦/١٠١و

١٠١٢ – مسألة ؛ قال : (وَيُرَدُّ عَلَى كُلِّ[1] أَهْلِ الْفَرَائِضِ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ ، إِلَّا الزَّوْجَ والزَّوْجَةَ)

وجُمْلَةُ ذلك أَنَّ الْمَيِّتَ إذا لم يُخَلِّفْ وَارِثًا إِلَّا ذَوِى فُرُوضٍ ، ولا يَسْتَوْعِبُ الْمَالَ ، كالْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ ، والْجَدَّاتِ ، فإِنَّ الْفَاضِلَ عن ذَوِى الْفُرُوضِ يُرَدُّ عليهم على قَدْرِ فُرُوضِهم ، إِلَّا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابْنِ مَسْعُودٍ ، وابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وَحُكِىَ ذلك عن الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وشُرَيْحٍ ، وعَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالثَّوْرِىِّ ، وأَبِى حنيفةَ ، وأَصْحَابِهِ . قَالَ ابْنُ سُرَاقَةَ[2] . وعليهِ

---

(٢٠) فى م : « المورثة » .

(٢١) فى الأصل ، ا : « وهى » .

(١) سقط من : ا .

(٢) لعله محيى الدين محمد بن محمد بن إبراهيم الأنصارى الشاطبى ، شيخ دار الحديث الكاملية بالقاهرة ، وكان معاصرا للمؤلف ، وتوفى بعده سنة اثنتين وستين وستمائة . العبر ٥ / ٢٧٠ .

الْعَمَلُ الْيومَ فى الْأَمْصَارِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُرْوَى عن ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كان لا يَرُدُّ على بِنْتِ ابْنٍ مع بِنْتٍ ، ولا على أُخْتٍ مِنْ أَبٍ مع أُخْتٍ مِنْ أَبَوَيْنِ ، ولا على جَدَّةٍ مع ذِى سَهْمٍ . ورَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ ، عن أَحمدَ ، أَنَّهُ لَا يَرُدُّ على وَلَدِ الْأُمِّ مع الْأُمِّ ، وَلَا على الجَدَّةِ[3] مع ذِى سَهْمٍ . والذى ذَكَرَ الْخِرَقِىُّ أَظْهَرُ فِى الْمَذْهَبِ وأَصَحُّ ، وهو قَوْلُ عامَّةِ أَهْلِ الرَّدِّ ؛ لِأَنَّهم تَسَاوَوْا فى السِّهَامِ ، فيَجِبُ أَنْ يَتَسَاوَوْا فيما يَتَفَرَّعُ عليها ، ولِأَنَّ الْفَرِيضَةَ لو عَالَتْ ، لَدَخَلَ النَّقْصُ على الْجَمِيعِ ، فالرَّدُّ يَنْبَغِى أَنْ يَنَالَهُم أيضا . فَأَمَّا الزَّوْجَانِ ، فلا يُرَدُّ عليهما باتِّفَاقٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّهُ رُوِىَ عَنْ (4 عثمانَ رَضِىَ اللهُ 4) عنه ، أَنَّهُ رَدَّ على زَوْجٍ . ولَعَلَّهُ كان عَصَبَةً ، أو ذَا رَحِمٍ ، فأَعْطَاهُ لذلك ، أَوْ أَعْطَاهُ مِنْ مالِ بَيْتِ الْمَالِ ، لا على سَبِيلِ المِيرَاثِ ، وسَبَبُ ذلك ، إِنْ شَاءَ اللهُ ، أَنَّ أَهْلَ الرَّدِّ كُلَّهم من ذَوِى الأَرْحَامِ ، فيَدْخُلُونَ فِى عُمُومِ قَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾[5] . وَالزَّوْجَانِ خَارِجَانِ مِن ذلك . وذَهَبَ زَيْدُ بنُ ثَابِتٍ إلى أَنَّ الْفَاضِلَ عن ذَوِى الْفُرُوضِ لِبَيْتِ الْمَالِ ، ولا يُرَدُّ على أَحَدٍ فَوْقَ فَرْضِه . وبه قال مَالِكٌ ، والْأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ؛ لأَنَّ اللهَ تعالى قال فى الْأُخْتِ : ﴿ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾[6] . ومَنْ رَدَّ عليها جَعَلَ لها الكُلَّ ، ولِأَنَّها ذَاتُ فَرْضٍ مُسَمًّى . فلا يُرَدُّ عليها ، كالزَّوْجِ . ولَنا ، قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ / فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾[5] . وهؤلاءِ مِنْ ذَوِى الْأَرْحَامِ ، وقد تَرَجَّحُوا بِالْقُرْبِ إلى الْمَيِّتِ ، فيكُونُونَ أَوْلَى مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لِسَائِرِ الْمسْلمين ، وذُو الرَّحِمِ أَحَقُّ مِن الْأَجَانِبِ ، عَمَلًا بالنَّصِّ ، وقد قال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا فَإِلَىَّ »[7] . وَفِى لَفْظٍ : « مَنْ تَرَكَ دَيْنًا فَإِلَىَّ ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِلْوُرَّاثِ » . مُتَّفَقٌ عليه . وهذا عامٌّ فِى

١٠١/٦ظ

(٣) فى م : « الجد » .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

(٥) سورة الأنفال ٧٥ .

(٦) سورة النساء ١٧٦ .

(٧) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٥٢ .

جَمِيعِ الْمَالِ ، ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أَنَّهُ قال : « تُحْرِزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوارِيثَ ، لَقِيطَهَا ، وَعَتِيقَهَا ، وَالْوَلَدَ الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ » . أَخْرَجَه ابنُ مَاجَه[8] . فجَعَلَ لها مِيراثَ وَلَدِهَا الْمَنْفِىِّ باللِّعَانِ كُلَّهُ ، خَرَجَ مِن ذلك مِيراثُ غيرِها مِنْ ذَوِى الْفُرُوضِ بِالْإِجْماعِ ، بَقِىَ الْبَاقِى على مُقْتَضَى الْعُمُومِ ، ولِأَنَّها مِنْ وُرَّاثِهِ بالرَّحِمِ ، فكانتْ أَحَقَّ بِالْمَالِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، كعَصَبَاتِهِ . فأَمَّا قَوْلُهُ تعالى : ﴿ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾[9] . فلا يَنْفِى أَنْ يكُونَ لها زِيَادَةٌ عليهِ بِسَبَبٍ آخَرَ ، كقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾[10] . لا يَنْفِى أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ السُّدُسُ ، وما فَضَلَ عن الْبِنْتِ بِجِهَةِ التَّعْصِيبِ ، وقَوْلُهُ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[11] . لم يَنْفِ أَنْ يَكُونَ لِلزَّوْجِ ما فَضَلَ إذا كان ابْنَ عَمٍّ أو مَوْلًى ، وكذلِكَ الْأَخُ مِن الْأُمِّ إذا كان ابْنَ عَمٍّ ، وَالْبِنْتُ وَغَيْرُها مِن ذَوِى الْفُرُوضِ إذا كانتْ مُعْتِقَةً ، كذا هٰهُنا تَسْتَحِقُّ النِّصْفَ بِالْفَرْضِ ، والبَاقِىَ بِالرَّدِّ ، وأَمَّا الزَّوْجَانِ فليسا مِنْ ذَوِى الْأَرْحامِ .

١٠١٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ أُخْتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأُخْتٌ لِأَبٍ ، وَأُخْتٌ لِأُمٍّ ، فَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ السُّدُسُ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ ، وَمَا بَقِىَ يُرَدُّ عَلَيْهِنَّ عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِنَّ)

فصارَ الْمالُ بَيْنَهُنَّ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ ، لِلْأُخْتِ لِلْأَبِ والْأُمِّ ثلاثةُ أَخْماسِ الْمالِ ، ولِلْأُخْتِ لِلْأَبِ الْخُمْسُ ، وَلِلْأُخْتِ لِلْأُمِّ الْخُمْسُ . طَرِيقُ الْعَمَلِ فى الرَّدِّ أَنْ تَأْخُذَ سِهَامَ أَهْلِ الرَّدِّ من أَصْلِ مَسْأَلَتِهِم ، وهى أَبَدًا تَخْرُجُ من سِتَّةٍ ، إذْ ليس فى الْفُرُوضِ كُلِّهَا مالا يُؤْخَذُ فى السِّتَّةِ إِلَّا الرُّبْعُ / والثُّمْنُ ، وليس لِغَيْرِ الزَّوْجَيْنِ ، وليسا مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ ، ثُمَّ ٦/١٠٢و

---

(٨) فى : باب تحوز المرأة ثلاثة مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٢ ، ١١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ، من أبواب الفرائض ٨ / ٢٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٩٠ ، ٤ / ١٠٧ .

(٩) سورة النساء ١٧٦ .

(١٠) سورة النساء ١١ .

(١١) سورة النساء ١٢ .

تَجْعَلُ عَدَدَ سِهَامِهِم أَصْلَ مَسْأَلَتِهِم ، كما صارَتِ السِّهَامُ فى الْمَسْأَلَةِ الْعَائِلَةِ هِى الْمَسْأَلَةَ التى تَضْرِبُ فيها الْعَدَدَ الذى انْكَسَرَتْ عليه سِهَامُهُ ، فكذا هٰهُنا إذا انْكَسَرَ على فَرِيقٍ منهم ضَرَبْتَهُ فى عَدَدِ سِهَامِهِم ؛ لِأَنَّ ذلك صارَ أَصْلَ مَسْأَلَتِهِم . ويَنْحَصِرُ [(1] ذلك فى [1)] أَرْبَعَةِ أُصُولٍ ؛ أَوَّلُها : أَصْلُ اثْنَيْنِ ؛ كجَدَّةٍ ، وأَخٍ مِنْ أُمٍّ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ منهما السُّدُسُ ، أَصْلُهَا اثْنَانِ ، ثم تُقَسِّمُ الْمالَ عَلَيْهِما ، فيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ منهما نِصْفُ المالِ ، فإنْ كان الْجَدَّاتُ ثلاثًا فلهُنَّ سَهْمٌ لا يَنْقَسِمُ عليهنَّ ، اضْرِبْ عَدَدَهُنَّ فى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، وهو اثْنَانِ ، تَصِيرُ سِتَّةً ؛ لِلْأَخِ مِن الْأُمِّ النِّصْفُ ثلاثةٌ ، ولِكُلِّ واحدةٍ مِنْهُنَّ سَهْمٌ ، أَصْلُ ثلاثةٍ : أُمٌّ وأَخٌ مِنْ أُمٍّ ، وأُمٌّ وأَخَوانِ لِأُمٍّ ، فإنْ كانُوا ثلاثةً ضَرَبْتَ عَدَدَهم فى أَصْلِ مَسْأَلَتِهِم ، وهو ثلاثةٌ ، صارَتْ تِسْعَةً ، ومنها تَصِحُّ ، ثلاثُ [2] جَدَّاتٍ ، وأَرْبَعَةُ إِخْوَةٍ مِنْ أُمٍّ ، لِلْإِخْوَةِ سَهْمَانِ ، يُوَافِقُهُم بالنِّصْفِ ، يَرْجِعُ عَدَدُهم إلى اثْنَيْنِ ، تَضْرِبُهُما فى عَدَدِ الْجَدَّاتِ ، ثم فى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، صارَتْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ومنها تَصِحُّ . أَصْلُ أَرْبَعَةٍ : أُختٌ لِأَبَوَيْنِ وأُختٌ لِأَبٍ أو أُمٌّ ، أو أَخٌ لِأُمٍّ ، أَوْ جَدَّةٌ . بِنْتٌ ، وأُمٌّ أو جَدَّةٌ . بِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ ، فإنْ كان بَنَاتُ الابنِ أَرْبَعًا ضَرَبْتَهُنَّ فى أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، وهى أَرْبَعَةٌ ، صارَتْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ومنها تَصِحُّ . أَصْلُ خَمْسَةٍ : ثلاثُ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، لِلْأُخْتِ مِن الْأَبِ والْأُمِّ النِّصْفُ ، ولِلْأُخْتِ مِن الْأَبِ السُّدُسُ ، ولِلْأُخْتِ مِن الْأُمِّ السُّدُسُ . وهذه مَسْأَلَةُ الْخِرَقِىِّ . أُمٌّ وأُختٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ . أُمٌّ وأُختٌ لِأَبَوَيْنِ وأُختٌ لِأَبٍ أو لِأُمٍّ . ولا تَزِيدُ مَسَائِلُ الرَّدِّ أَبَدًا على هذا ؛ لِأَنَّهَا لو زَادَتْ سَهْمًا لَكَمُلَ الْمَالُ ، ولم يَبْقَ شَىْءٌ مِنه يُرَدُّ . ثَلَاثُ جَدَّاتٍ وبِنْتٌ وأَرْبَعُ بَنَاتِ ابْنٍ . أَصْلُهَا مِن خَمْسَةٍ ، وتَصِحُّ مِنْ سِتِّينَ . ومتى كان الرَّدُّ عَلَى حَيِّزٍ وَاحِدٍ ، فله جَمِيعُ الْمَالِ بِالْفَرْضِ / وَالرَّدِّ ، كأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، فإنْ كان شَخْصًا وَاحِدًا ، فالْمَالُ لَهُ ، وإنْ كان جَمَاعَةً ، قَسَمْتَهُ عليهم على عَدَدِهم ، كالْبَنِينَ ، والإِخْوَةِ . ٦/١٠٢ظ

فصل : فإنْ كان معهم أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، أَعْطَيْتَهُ فَرْضَهُ مِن أَصْلِ مَسْأَلَتِهِ ، وقَسَمْتَ الْبَاقِىَ مِن مَسْأَلَتِهِ على فَرِيضَةِ أَهْلِ الرَّدِّ ، فإنِ انْقَسَمَ صَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ . وَلَا يَتَّفِقُ هذا إِلَّا أَنْ يكُونَ للزَّوْجِ [3] امْرَأَةٌ لَهَا الرُّبُعُ ، وَمَسْأَلَةُ أَهْلِ الرَّدِّ مِن ثلاثةٍ ؛ كامْرَأَةٍ وأُمٍّ وأَخٍ

(١ – ١) فى م : « فى ذلك » .

(٢) فى النسخ : « ثلاثة » .

(٣) فى الأصل ، ا ، ب : « الزوج » .

لِأُمٍّ . أو أمٌّ وأخوَيْنِ لِأُمٍّ . أو جَدَّةٍ وأخوَيْنِ لِأُمٍّ . فَلِلْمَرْأَةِ الرُّبْعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، يَبْقَى ثلاثةٌ على فَرِيضَةِ أَهْلِ الرَّدِّ ، وهى ثلاثةٌ ، فَتَصِحُّ عليها ، وَيَصِحُّ الْجَمِيعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، فإنِ انْكَسَرَ على عَدَدٍ منه ، ضَرَبْتَهُ فى أَرْبَعَةٍ ، كأَرْبَعِ زَوْجَاتٍ وأُمٍّ وَأَخٍ لِأُمٍّ ، تَصِحُّ مِنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، وإنْ لم يَنْقَسِمْ فأصْلُ مَسْأَلَةِ الزَّوْجِ على فَرِيضَةِ أَهْلِ الرَّدِّ لم يُمْكِنْ أَنْ يُوَافِقَهَا أَيْضًا ، فاضْرِبْ فَرِيضَةَ الرَّدِّ فى فَرِيضَةِ الزَّوْجِ ، فما بَلَغَ فإليه تَنْتَقِلُ الْمَسْأَلَةُ ، فإذا أَرَدْتَ الْقِسْمَةَ فلِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَرِيضَةُ الرَّدِّ ، ولِكُلِّ واحِدٍ مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ سِهَامُهُ مِنْ مَسْأَلَتِهِ مَضْرُوبَةٌ فى فَاضِلِ فَرِيضَةِ الزَّوْجِ ، فما بَلَغَ فهو له إنْ كَانَ وَاحِدًا ، وإنْ كانُوا جَمَاعَةً قَسَمْتَهُ عليهم ، فإنْ لم يَنْقَسِمْ ضَرَبْتَهُ ، أو وَفْقَهُ فيما انْتَقَلَتْ إليه الْمَسْأَلَةُ ، وتُصَحَّحُ[4] على ما مَضَى فى بابِ التَّصْحِيحِ . وهذا يَنْحَصِرُ فى أُصُولٍ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، زَوْجٌ وجَدَّةٌ وأَخٌ لِأُمٍّ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وأصْلُ مَسْأَلَتِهِ مِن اثْنَيْنِ ، له سَهْمٌ يَبْقَى سَهْمٌ على مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وهى اثْنَانِ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فى اثْنَيْنِ يَكُنْ أَرْبَعَةً ، ولا يَقَعُ الْكَسْرُ فى هذا الْأَصْلِ إلَّا على فريقٍ وَاحِدٍ ، وهو الْجَدَّاتُ ، فإذا كان أَكْثَرَ مِنْ جَدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فاضْرِبْ عَدَدَهُنَّ فِى أَرْبَعَةٍ ، فما بَلَغَ فمنه تَصِحُّ . الْأَصْلُ الثَّانِى ، زَوْجَةٌ وجَدَّةٌ وأَخٌ لِأُمٍّ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَةِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، ثم تَنْتَقِلُ إلى ثَمَانِيَةٍ ، ولا يَكُونُ الْكَسْرُ إلَّا على الْجَدَّاتِ أيضا .

١٠٣/٦ و الْأَصْلُ الثَّالِثُ ، زَوْجٌ وبِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجِ مِن أَرْبَعَةٍ ، / ثم تَنْتَقِلُ إلَى سِتَّةَ عَشَرَ ، وكذلك زَوْجَةٌ ، وأُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ ، وأُخْتٌ لِأَبٍ ، أو أُخْتٌ لِأُمٍّ ، أو (٥ جَدَّةٌ ، أو جَدَّاتٌ ٥) ، وَمِثْلُهَا زَوْجَةٌ وأُخْتٌ لِأَبٍ وأُخْتٌ لِأُمٍّ ، أو جَدَّةٌ . الْأَصْلُ الرَّابِعُ ، زَوْجَةٌ وبِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ[6] ، أو أُمٌّ ، أو جَدَّةٌ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَةِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، ثُم تَنْتَقِلُ إلَى اثْنَيْنِ وثلاثِينَ . الْأَصْلُ الْخَامِسُ ، زَوْجَةٌ وبِنْتَانِ وأُمٌّ ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجَةِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، ثم

---

(٤) فى م : « وتصح » .

(٥ – ٥) فى م : « جد ، أو جدة » .

(٦) فى م زيادة : « ابن » .

تَنتقِلُ إلى أَرْبَعِينَ ، وكذلك زَوْجَةٌ وبِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ وأُمٌّ ، أَوْ جَدَّةٌ . (٧أُخْتٌ من أَبَوَيْنِ ، وأُخْتٌ أَوْ أَخَوَاتٌ مِنْ أبٍ، وأُخْتٌ مِنْ أُمٍّ ، أَوْ أُمٌّ ، أَوْ جَدَّةٌ . (٨زَوْجةٌ و ٨) أُخْتَانِ مِن أَبَوَيْنِ أو مِنْ أبٍ، وأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ، وأَخٌ مِنْ أُمٍّ٧) ، وفي جَمِيعِ ذلك إذَا انْكَسَرَتْ سِهَامُ فَرِيقٍ منهم عليهم ضَرَبْتَهُ فيما انْتَقَلَتْ إليه الْمَسْأَلَةُ ، ومِثَالُ ذلك ، أَرْبَعُ زَوْجَاتٍ وإحْدَى وَعِشْرُونَ بِنْتًا وأَرْبَعَ عَشْرَةَ جَدَّةً ، مَسْأَلَةُ الزَّوْجاتِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، فتَضْرِبُ فيها فَرِيضَةَ الرَّدِّ وهي خَمْسَةٌ ، تَكُنْ أَرْبَعِينَ ، لِلزَّوْجَاتِ(٩) فَرِيضَةُ أَهْلِ الرَّدِ خَمْسَةٌ ، على أَرْبَعَةٍ ، لا تَصِحُّ ، ولا تُوَافِقُ ، ويَبْقَى خَمْسَةٌ وثلاثُونَ ، لِلْجَدَّاتِ خُمُسُها سَبْعَةٌ ، على أُرْبَعَةَ عَشَرَ ، تُوَافِقُ بالْأَسْبَاعِ ، فيَرْجِعْنَ(١٠) إلى اثْنَيْنِ ، ويَبْقَى لِلْبَنَاتِ ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ ، تُوَافِقُهُنَّ بِالْأَسْبَاعِ ، فَيَرْجِعْنَ إلى ثلاثٍ ، والاثْنَتَانِ(١١) تَدْخُلَانِ في عَدَدِ الزَّوْجَاتِ ، فتَضْرِبُ ثلاثًا في أَرْبَعٍ ، تَكُنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، ثم في أَرْبَعِينَ ، تَكُنْ أَرْبَعمِائَةٍ وثَمَانِينَ ، ومتى كان مع أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَاحِدٌ مِن أَهْلِ الرَّدِّ ، أَخَذَ الْفَاضِلَ كُلَّهُ ، كأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، وَلَا تَنْتَقِلُ الْمَسْأَلَةُ . وإنْ كان معهم فَرِيقٌ وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ ، كالْبَنَاتِ ، أو الْأَخَوَاتِ ، قَسَمْتَ الْفَاضِلَ عليهم ، كأَنَّهم عَصَبَةٌ ، فإن انْكَسَرَ عليهم ، ضَرَبْتَ عَدَدَهم في مَسْأَلَةِ الزَّوْجِ .

(٧-٧) مضروب على هذا في : ا .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) في ا زيادة : « سهم في » .

(١٠) في ا : « فيرجع » .

(١١) في م زيادة : « ثم » .

بابُ الْجَدَّاتِ

١٠١٤ – مسألة ؛ قال أبو القاسِمِ ، رحمه الله : (وَلِلْجَدَّةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمٌّ السُّدُسُ)

١٠٣/٦ظ /قال أبو بكرِ ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ إذا لم يَكُن لِلْمَيِّتِ أُمٌّ . وحَكَى غيرُه رِوايَةً شاذَّةً عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهَا بِمنْزِلَةِ الأُمِّ ؛ لِأَنَّها تُدْلِى بها ، فقَامَتْ مَقَامَها ، كالْجَدِّ يَقُومُ مَقامَ الأَبِ . ولَنا ، ما رَوَى قَبِيصَةُ بنُ ذُؤَيْبٍ ، قال : جاءَتِ الْجَدَّةُ إلى أبى بكرٍ ، تَطْلُبُ مِيرَاثَها ، فقال : مَالَكِ فى كِتابِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ شَىءٌ ، وَما أَعْلَمُ لكِ فى سُنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ شَيْئًا ، ولَكِنِ ارْجِعِى حتى أَسْأَلَ النَّاسَ . فقال الْمُغِيرَةُ ابنُ شُعْبَةَ : حَضَرْتُ رسولَ اللهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ . فقال : هل معكَ غيرُك ؟ فشَهِدَ له محمدُ بنُ مَسْلَمَةَ ، فأَمْضَاهُ لها أبو بكرٍ ، فلَمَّا كان عمرُ ، جاءَتِ الْجَدَّةُ الأُخْرَى ، فقال : مالكِ فى كِتابِ اللهِ شَىءٌ ، وما[1] كَانَ الْقَضَاءُ الذى قُضِىَ به إِلَّا فى غَيْرِكِ ، وما أنا بِزائِدٍ فى الْفَرائِضِ شَيْئًا ، ولَكِنْ هو ذاكَ السُّدُسُ ، فإِنِ اجْتَمَعْتُمَا فهو لَكُمَا ، وأَيَّتُكُمَا خَلَتْ به فهو لها . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فى « مُوَطَّئِهِ » ، وأبو دَاوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[2] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وأَمَّا الْجَدُّ فلا يَقُومُ مَقامَ الأَبِ فى جَمِيعِ أَحْوالِه على مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ الأُمَّ تَحْجُبُ الْجَدَّاتِ مِنْ جَمِيعِ الْجِهَاتِ . وقد رَوَى ابنُ بُرَيْدَةَ ، عن أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ إذا لم

---

(١) فى م : « فما » .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١٠٩ ، ١١٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث الجدة ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥١ ، ٢٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب ميراث الجدة ، من كتاب الفرائض . الموطأ ٢ / ٥١٣ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ميراث الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٠٩ ، ٩١٠ .

يَكُنْ دُونَها أُمٌّ . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[٣] . وهذا يَدُلُّ على أنَّها لَا تَرِثُ معها شَيْئًا . ولِأنَّ الْجَدَّةَ تُدْلِى بِالْأُمِّ ، فسَقَطَتْ بها ، كسُقُوطِ الْجَدِّ بِالْأَبِ ، وابْنُ الابنِ به . فأمَّا أُمُّ الْأَبِ ، فإنَّها أيضا إنَّمَا تَرِثُ مِيرَاثَ أُمٍّ ؛ لأنَّها أُمٌّ ، ولذلك تَرِثُ وابْنُها حَىٌّ ، ولو كان مِيرَاثُهَا مِنْ جِهَتِه ما وَرِثَتْ مع وُجُودِهِ .

١٠١٥ – مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ كَثُرْنَ ، لَمْ يَزِدْنَ عَلَى السُّدُسِ فَرْضًا)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أنَّ مِيرَاثَ الْجَدَّاتِ السُّدُسُ ، وإنْ كَثُرْنَ ، وذلك لِمَا رَوَيْنا مِن الْخَبَرِ[١] ، وأنَّ عمرَ شَرَّكَ بينهما . وقد رُوِىَ نحوُ ذلك عن أبى بكرٍ رَضِىَ اللهُ عنه ، فرَوَى سَعِيدٌ[٢] ، ثنا سُفْيَانُ ، وهُشَيْمٌ ، عن يحيى بنِ سَعِيدٍ ، عن الْقَاسِمِ بنِ محمدٍ ، قال : / جَاءَتِ الْجَدَّتَانِ إلى أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فأَعْطَى أُمَّ الْأُمِّ الْمِيرَاثَ دُونَ أُمِّ الْأَبِ . فقال له عبدُ الرحمنِ بنُ سُهَيْلِ بنِ حَارِثَةَ ، وكان شَهِدَ بدرًا : يا خليفةَ رسولِ اللهِ ، أعْطَيْتَ التى إنْ مَاتَتْ لم يَرِثْها ، ومَنَعْتَ التى لو ماتَتْ وَرِثَها ! فجعلَ أبو بكرٍ السُّدُسَ بينهما[٣] . ولأنَّهنَّ ذَوَاتُ عَددٍ لا يَشْرَكُهُنَّ ذكَرٌ ، فاستَوى كثيرُهُنَّ ووَاحِدَتُهُنَّ ، كالزَّوجاتِ . وقَوْلُ الخِرَقِىِّ : « لَمْ يَزِدْنَ عَلَى السُّدُسِ فَرْضًا » . يريدُ به التحرُّزَ مِنْ زِيادتهنَّ بالرَّدِّ ، فإنَّهنَّ يَأْخُذْن فى الرَّدِّ زيادةً على السُّدُسِ ، على ما قد مضَى ذِكْرُهُ .

٦/١٠٤و

فصل : ولا خلافَ بين أَهْلِ العِلْمِ فى تَوْرِيثِ جَدَّتينِ ؛ أُمِّ الْأُمِّ ، وأُمِّ الأَبِ . وكذلك إنْ عَلَتَا وكانتا فى القُرْبِ سَواءً ، كأُمِّ أُمِّ أُمٍّ وأُمِّ أُمِّ أَبٍ ، إلَّا ما حُكِىَ عن داودَ ، أنَّه لا يُوَرِّثُ أُمَّ أُمِّ الأَبِ شيئا ؛ لأنَّه لا يَرِثُها فلا تَرِثُهُ ، ولأنَّها غَيْرُ مَذْكورةٍ فِى الْخَبَرِ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ

(٣) فى : باب فى الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٠ .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٤ .

(٢) فى : باب الجدات ، السنن ١ / ٥٥ .

(٣) وأخرجه البيهقى ، فى : باب فرض الجدة والجدتين ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٥ . والدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٩٠ ، ٩١ .

أَعْطَى ثلاثَ جَدَّاتٍ[٤] . ومِنْ ضَرُورتِه أن يكونَ فيهنَّ أُمُّ أُمِّ الأَبِ ، أو مَنْ هى أَعْلَى منها . وما ذكره داودُ فهو قياسٌ ، وهو لا يقولُ بالقياسِ ، ثم هو باطلٌ بأمِّ الأُمِّ ، فإنَّها تَرِثُهُ ولا يَرِثُها . وقوله : ليستْ مذكورةً فى الخبرِ . قُلْنا : وكذلك أُمُّ أُمِّ الأُمِّ . واخْتَلَفُوا فى تَوْرِيثِ ما زادَ عليهما ؛ فذهَب أبو عبد الله إلى تَوْرِيثِ ثلاثِ جَدَّاتٍ ، مِن غيرِ زيادةٍ عليهنَّ . ورُوِىَ ذلك عن علىّ ، وزَيْدِ بن ثابتٍ ، وابنِ مَسْعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . ورُوِىَ نحوُه عن مَسْروقٍ ، والحسنِ ، وقتادةَ . وبه قال الأَوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن سَعْدِ بنِ أبى وَقَّاصٍ ما يَدُلُّ على أنَّه لا يُوَرِّثُ أكثرَ مِنْ جدَّتين . وحُكِىَ ذلكَ عن أبى بكرِ بنِ عبدِ الرحمنِ بنِ الحارثِ بن هِشَام ، وسليمانَ بنِ يَسارٍ ، وطَلْحةَ بنِ عبدِ اللهِ بنِ عَوْفٍ ، وربيعةَ ، وابنِ هُرْمُزٍ ، ومالكٍ ، وابنِ أبى ذِئْبٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وداودَ ، وقالَه الشافِعىُّ فِى القَدِيمِ ، وحُكِىَ عَنْ الزُّهْرِىِّ أنَّه قال : لا نَعْلمُ وَرِثَ فى الإِسلامِ إِلَّا جَدَّتَيْن . وحُكِىَ عن ١٠٤/٦ظ / سَعْدِ بنِ أبى وقَّاصٍ ، أنَّه أَوْتَرَ بِرَكْعةٍ ، فَعابَهُ ابنُ مَسْعُودٍ ، فَقَال سَعْدٌ : أَتَعِيبُنِى وأَنْتَ تُوَرِّثُ ثَلاثَ جَدَّاتٍ ؟ ورُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّه وَرَّثَ الْجَدَّاتِ وإِنْ كَثُرْنَ ، إذا كُنَّ فى دَرَجةٍ واحِدَةٍ ، إِلَّا مَنْ أَدْلَتْ بِأَبٍ غَيْرِ وَارِثٍ ، كَأُمِّ أَبِ الأُمِّ . قال ابنُ سُرَاقَةَ : وبهذا قَالَ عَامَّةُ الصَّحابةِ إِلَّا شَاذًّا . وإليهِ ذَهَبَ الحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وأَصحابُه ، وهو روايةُ الْمُزَنِىِّ عَنِ الشافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وهو ظاهِرُ كَلامِ الْخِرَقِىِّ ، فإِنَّهُ سَمَّى ثَلاثَ جَدَّاتٍ مُتَحاذِيَاتٍ . ثم قال : « وإِنْ كَثُرنَ فعلى ذلك » . واحْتَجُّوا بأنَّ الزائِدَةَ جَدَّةٌ أَدْلَتْ بوارِثٍ فوَجَبَ أَنْ تَرِثَ ، كإِحْدَى[٥] الثَّلاثِ . ولَنا ، ما رَوَى سَعيدٌ[٦] ، عن ابنِ عُيَيْنَةَ ، عن منصورٍ ، عن إبراهيمَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ وَرَّثَ ثَلاثَ

---

(٤) أخرجه الدارمى ، فى : باب فى الجدات ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٥٨ . والبيهقى ، فى : باب توريث ثلاث جدات ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٩١ .

(٥) فى الأصل ، م : « كأحد » .

(٦) فى : باب الجدات . سنن سعيد بن منصور ١ / ٥٤ .

جَدَّاتٍ ، ثِنْتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ ، وواحِدةً مِنْ قِبَلِ الأُمِّ . وأَخْرَجَهُ أبو عُبَيْدٍ والدَّارَقُطْنِيُّ[7] . ورَوَى سَعِيدٌ[8] أيضا ، عن إبراهيم ، أنَّه قال : كانوا يُوَرِّثُون[9] مِن الْجَدَّاتِ ثلاثًا ، ثِنْتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ ، وواحِدةً مِن قِبَلِ الأُمِّ . وهذا يَدلُّ على التَّحْدِيدِ بِثلاثٍ ، وأنَّه لا يَرِثُ[10] أَكْثَر مِنْهُنَّ . وإذا ثبتَ هذا ، فإنَّ الوارثاتِ هى أُمُّ الأُمِّ وإنْ عَلَتْ دَرَجَتُها ، وأُمُّ الأَبِ وأُمَّهاتُها وإنْ عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وأُمُّ الجَدِّ وأُمَّهاتُها . ولا تَرِثُ أُمُّ أَبِ الجَدِّ ، ولا كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بأَكْثَرَ مِنْ ثلاثةِ آباءٍ . وهؤلاءِ الجَدَّاتُ الْمُخْتَلَفُ فيهنَّ .

وأَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أنَّ الجَدَّةَ الْمُدْلِيَةَ بِأَبٍ غيرِ وَارِثٍ لَا تَرِثُ ، وهى كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِأَبٍ بَيْنَ أُمَّيْنِ ، كأُمِّ أَبِى الأُمِّ ، إلَّا ما حُكِيَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، وجَابِرِ بنِ زَيْدٍ ، ومُجاهِدٍ ، وابنِ سِيرِينَ أنَّهم قالوا : تَرِثُ . وهو قَوْلٌ شَاذٌّ ، لا نَعْلَمُ اليومَ به قائلًا ، وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّها تُدْلِى بغيرِ وَارِثٍ ، فلم تَرِثْ ، كالأجانِبِ ، وأَمْثِلَةُ ذَلِكَ ، أُمُّ أُمِّ وأُمِّ أَبٍ ، السُّدُسُ بينهما إجماعًا ، أُمُّ أُمِّ أُمٍّ ، وأُمُّ أُمِّ أَبٍ ، وأُمُّ أَبِى أَبٍ ، وأُمُّ أَبِى أُمٍّ / ، السُّدُسُ للثَّلاثِ الأُوَلِ ، إلَّا عندَ مَالِكٍ ومُوَافِقِيهِ ، فإنَّه لِلأُولَيَيْنِ . وعندَ داودَ هو لِلأُولَى وَحْدَها . ولا تَرِثُ الرَّابِعَةُ إلَّا فِي [11] قَوْلٍ شَاذٍّ [11] عن ابنِ عَبَّاسٍ ومُوَافِقيه ، أُمُّ أُمِّ أُمِّ أُمٍّ ، وأُمُّ[12] أُمِّ أُمِّ[13] أَبٍ ، وأُمُّ أُمِّ أَبِى أَبٍ ، وأُمُّ أَبِى أَبِى أَبٍ ، وأُمُّ أُمِّ أَبِى أُمٍّ ، وأُمُّ أَبِى أُمِّ أُمٍّ ، وأُمُّ أَبِى أَبِى أُمٍّ ، وأُمُّ أَبِى أُمِّ أَبٍ . السُّدُسُ للأُولى عند دَاودَ ، وللأُولَيَيْنِ عِنْدَ مَالِكٍ ومُوَافِقيه . وللثَّلاثِ الأُوَلِ

٦/١٠٥و

---

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٩٠ . كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من لم يورث أكثر من جدتين ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٥ .

(٨) فى : باب الجدات . السنن ١ / ٥٤ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٩٠ . والبيهقى ، فى : باب توريث ثلاث جدات متحاذيات أو أكثر ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٣٦ .

(٩) فى م : « يرثون » .

(١٠) فى ا : « يورث » .

(١١-١١) فى الأصل : « القول الشاذ » .

(١٢) سقطت الواو من : ا .

(١٣) فى ا زيادة : « أم » .

عَنْد أحمدَ ومُوَافِقيه . ولِلأَرْبَعِ الأُوَلِ عند أبي حنيفةَ ومُوَافِقِيه . وتَسْقُطُ الأَرْبَعُ الباقياتُ إِلَّا فِي الرِّوايةِ الشَّاذَّةِ . وفى الجملةِ لا يَرِثُ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ إِلَّا وَاحِدةٌ ، ولا مِنْ قِبَلِ الأَبِ إِلَّا اثْنَتَانِ ، وهما اللَّتَانِ جاءَ ذكْرُهما فى الخبرِ ، إِلَّا عِنْدَ أبى حنيفةَ ومُوافِقيه ، فإنَّهُ كُلَّما عَلَوْنَ دَرَجةً ، زَادَ فى عَدَدِهنَّ مِنْ قِبَلِ الأَبِ وَاحِدةٌ .

١٠١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُنَّ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ كَانَ[1] الميراثُ لِأَقْرَبِهِنَّ)

أَمَّا إذا كانتْ إِحْدَى الجدَّتَيْنِ أُمَّ الأُخْرَى ، فأَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أَنَّ الميراثَ لِلْقُرْبَى وتَسْقُطُ البُعْدَى بها ، وإنْ كانتَا مِن جِهَتَيْنِ والقُرْبَى مِنْ جِهَـةِ الأُمِّ ، فالميراثُ لها ، وتَحْجُبُ البُعْدَى فى قولِ عامَّتِهم ، إِلَّا ما رُوِىَ عن ابنِ مَسْعُودٍ ، ويحيى بنِ آدم ، وشَرِيكٍ أَنَّ الميراثَ بينهما . وعن ابنِ مَسْعودٍ ، إنْ كانتا[2] من جِهَتَيْنِ فهما سَواءٌ ، وإنْ كانتا من جهةٍ واحدةٍ فهو للقُرْبَى . يعنى به أَنَّ الجَدَّتَيْن مِن قِبَلِ الأَبِ إذا كانتْ إِحْداهما أُمَّ الأَبِ والأُخْرَى أُمَّ الجَدِّ ، سَقَطَتْ أُمُّ الجَدِّ بِأُمِّ الأَبِ . وسائِرُ أَهْلِ العِلْمِ على أَنَّ القُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ تَحْجُبُ البُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ . فأَمَّا القُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ فهلْ تَحْجُبُ البُعْدَى مِن جهَةِ الأُمِّ ؟ فعنْ أحمدَ فيها[3] روايتانِ ؛ إِحْدَاهما ، أَنَّها تَحْجُبُها ، ويكونُ الميراثُ لِلْقُرْبَى . وهذا قَوْلُ علىٍّ عليه السلام ، وإِحْدَى الرِّوَايتَيْنِ عن زَيْدٍ . وبه قال أبو حنيفةَ وأصحابُه ، وأَهْلُ العِراقِ ، وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ . والرِّوايةُ الثانيةُ عن أحمدَ ، هو بينهما . / وهي الرِّوايةُ الثَّابتةُ عن زيدٍ . وبه قال مالكٌ ، والأَوْزاعىُّ . وهو القولُ الثانى للشافعىِّ ؛ لأَنَّ الأَبَ الذى تُدْلِى به الجَدَّةُ لا يَحْجُبُ الجَدَّةَ مِن قِبَلِ الأُمِّ ، فالتى تُدْلِى بِهِ أَوْلَى أَنْ لا يَحْجُبها ، وبهذا فَارَقَتْها القُرْبَى مِن قِبَلِ الأُمِّ ، فَإِنَّها تُدْلِى بالأُمِّ ، وهى

٦/١٠٥ ظ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى ا هنا وفيما يأتى : « كانا » .

(٣) فى ا : « منه » .

تَحْجُبُ جَمِيعَ الجَدَّاتِ . ولَنا ، أنَّها جَدَّةٌ قُرْبَى ، فتَحْجُبُ البُعْدَى ، كالتى مِنْ قِبَلِ الأُمِّ ، ولِأنَّ الجَدَّاتِ أُمَّهاتٌ يَرِثْنَ مِيراثًا واحدًا مِنْ جِهَةٍ واحِدةٍ ، فإذا اجْتَمَعْنَ [(٤) فالمِيراثُ لأقْرَبِهِنَّ (٤)] ، كالآباءِ والأبناءِ والإخْوَةِ والبناتِ . وكُلُّ قَبِيلٍ إذا اجْتَمَعُوا فالمِيراثُ لِأقْرَبِهِم . وقَوْلُهم : إنَّ الأبَ لا يُسْقِطُها . قُلْنا : لِأنَّهُنَّ لا يَرِثْنَ مِيراثَهُ ، إنَّما يَرِثْنَ مِيراثَ الأُمَّهاتِ ، لِكَوْنِهِنَّ أُمَّهاتٍ ، ولذلك أسْقَطَتْهُنَّ الأُمُّ . واللهُ أعلمُ .

مسائل : مِنْ ذَلِكَ أُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ أُمِّ أبٍ ، الْمالُ لِلْأُولَى ، إلَّا فى قَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ هو بينهما . أُمُّ أبٍ وأُمُّ أُمِّ أُمٍّ ، المالُ لِلْأُولَى فى قَوْلِ الْخِرَقِىِّ . وفى الرِّوايةِ الأُخْرَى هو بينهما . أُمُّ أبٍ وأُمُّ أُمٍّ وأُمُّ جَدٍّ ، المالُ لِلْأُولَيَيْنِ فى قَوْلِ الجميعِ ، إلَّا فى قَوْلِ شَرِيكٍ ومُوَافِقِيهِ هو بَيْنَهُنَّ . أُمُّ أبٍ وأُمُّ أُمٍّ وأُمُّ أُمِّ أُمٍّ وأُمُّ أُمِّ أبى أبٍ ، هو للأُولَيَيْنِ فى قَوْلِ الْجَمِيعِ .

فصل : إذَا اجْتَمَعَتْ جَدَّةٌ ذَاتُ قَرَابَتَيْنِ مع أُخْرَى ، فقِياسُ قَوْلِ أبى عبدِ اللهِ أنَّ السُّدُسَ بينهما أثْلاثًا ، لِذَاتِ القَرَابَتَيْنِ ثُلُثَاهُ ، ولِلْأُخْرَى ثُلُثُهُ . كذلك قال أبو الحَسَنِ التَّمِيمِىُّ ، وأبو عبدِ اللهِ الوَنِّىُّ [(٥)] ، ولعلهما أخذَا ذلك من قوله فى تَوْرِيثِ المَجُوسِ بِجَمِيعِ قَرَابَاتِهِم . وهذا قَوْلُ يحيى بنِ آدَمَ ، والحسنِ بنِ صَالِحٍ ، ومحمدِ بن الحسنِ ، والحسنِ بن زِيَادٍ ، وزُفَرَ ، وشَرِيكٍ . وقالَ الثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ وأبو يوسفَ : السُّدُسُ بينهما نِصْفانِ . وهو قِياسُ قَوْلِ مَالِكٍ ، لِأنَّ القَرابَتَيْنِ إذا كانتا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، لم يَرِثْ بهما جَمِيعًا ، كالأخِ مِن الأبِ والأُمِّ . ولَنا ، أنَّها شَخْصٌ ذُو قَرَابَتَيْنِ ، تَرِثُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ منهما [(٦)] مُنْفَرِدَةً ، / ولا يُرَجَّحُ بها على غَيْرِه ، فوَجَبَ أنْ يَرِثَ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ منهما ، كابْنِ العَمِّ إذا كان أخًا أو زَوْجًا ، وفارَقَ الأخَ مِن الأبوَينِ ، فإنَّه رُجِّحَ بِقَرابَتَيْهِ على الأخِ مِن الأبِ ، ولا يُجْمَعُ بين التَّرْجِيحِ بالْقَرابَةِ الزَّائِدَةِ والتَّوْرِيثِ بها ؛ فإذا وُجِدَ أحَدُهما انْتَفَى

٦/١٠٦و

(٤ – ٤) فى م : « بالميراث لأقربن » . خطأ .

(٥) فى م : « العربى » . ويأتى فى صفحة ١٨٨ .

(٦) فى ا ، م : « منها » .

الآخَرُ ، (٧ولا يَنْبَغِي أن يُخِلَّ بهما جميعا ، بل إذا انْتَفَى أحدُهما وُجِدَ الآخَرُ ٧) ، وهٰهُنا قد انْتَفَى التَّرْجِيحُ فيَثْبُتُ التَّوْرِيثُ . وصُورَةُ ذلك ، أنْ يَتَزَوَّجَ ابنُ ابنِ المرأةِ بِنْتَ بِنْتِها ، فَيُولَدَ لهما وَلَدٌ ، فتكونَ المَرْأَةُ أُمَّ أُمِّ أُمِّهِ ، وهي (٨) أُمُّ أبِي أبِيهِ . وإنْ تَزَوَّجَ ابْنُ بِنْتِها بِنْتَ بِنْتِها ، فهي أُمُّ أُمِّ أُمِّهِ وأُمُّ أُمِّ أبِيهِ . وإنْ أدْلَتِ الْجَدَّةُ بِثَلاثِ جِهاتٍ ، تَرِثُ بِهِنَّ ، لم يُمْكِنْ أنْ يَجْتَمِعَ معها جَدَّةٌ أُخْرَى وَارِثَةٌ عندَ مَن لا يُوَرِّثُ أكْثَرَ مِن ثلاثٍ .

١٠١٧ – مسألة ؛ قال : (وَالْجَدَّةُ تَرِثُ وَابْنُهَا حَيٌّ)

وجُمْلَتُه أنَّ الجَدَّةَ مِنْ قِبَلِ الأبِ إذا كانَ ابْنُها حَيًّا وَارِثًا ، فإنَّ عمرَ ، وابْنَ مَسْعُودٍ ، وأبا موسى ، وعِمْرانَ بنَ الْحُصَيْنِ ، وأبا الطُّفَيْلِ (١) ، رَضِيَ اللهُ عنهم ، وَرَّثُوها مع ابْنِها . وبه قال شُرَيْحٌ ، والْحَسَنُ ، وابْنُ سيرِينَ ، وجابِرُ بن زَيْدٍ ، والْعَنْبَرِيُّ ، وإسحاقُ ، وابْنُ المُنْذِرِ ، وهو ظَاهِرُ مذهبِ أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وقَالَ زَيْدُ ابنُ ثَابِتٍ : لَا تَرِثُ . ورُوِيَ ذلكَ عن عثمانَ ، وعليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، وبه قال مَالِكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأوْزَاعِيُّ ، وسَعِيدُ بنُ عبدِ العزيزِ (٢) ، والشَّافعيُّ ، وابنُ جَابِرٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ ، رَواهُ عنه جَماعةٌ مِنْ أصْحَابِهِ . ولا خِلافَ فِي تَوْرِيثِها مع ابْنِها إذا كانَ عَمًّا أوْ عَمَّ أبٍ ؛ لِأنَّها لا تُدْلِي به . واحْتَجَّ مَنْ أسْقَطَها بابْنِها (٣) بِأنَّها تُدْلِي به ، فلا تَرِثُ معه ، كالجَدِّ مع الأبِ ، وأُمِّ الأُمِّ مع الأُمِّ . ولَنا ، ما رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، قال : أوَّلُ جَدَّةٍ أطْعَمَهَا رسولُ اللهِ ﷺ

(٧ – ٧) سقط من : م .

(٨) في الأصل ، ازيادة : « من » . وفي م : « له » .

(١) أبو الطفيل عامر بن واثلة بن الأسقع الكناني ، آخر من رأى النبي ﷺ في الدنيا ، توفي سنة مائة ، أو سنة عشر ومائة . العبر ١ / ١١٨ .

(٢) أبو محمد سعيد بن عبد العزيز التنوخي ، فقيه الشام بعد الأوزاعي ، توفي سنة سبع وستين ومائة . العبر ١ / ٢٥٠ .

(٣) في م : « بأبيها » .

السُّدُسَ ، أُمُّ أَبٍ مع ابْنِهَا ، وابْنُهَا حَيٌّ . أَخْرَجَهُ التِّرمِذِيُّ[٤] . ورَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنصُورٍ[٥] ، إلَّا أَنَّ لَفْظَهُ : أَوَّلُ / جَدَّةٍ أُطْعِمَتِ السُّدُسَ أُمُّ أَبٍ مع ابْنِهَا . وقال ابنُ سِيرِينَ : أَوَّلُ جَدَّةٍ أَطْعَمَهَا رسولُ اللهِ ﷺ السُّدُسَ[٦] أُمُّ أَبٍ مع ابْنِهَا[٧] . ولِأَنَّ الجَدَّاتِ أُمَّهاتٌ يَرِثْنَ مِيرَاثَ الأُمِّ ، لا مِيراثَ الأَبِ ، فلا يُحْجَبْنَ به كَأُمَّهاتِ الأُمِّ .

١٠٦/٦ ظ

مسائِلُ ذلك : أُمُّ أَبٍ وأَبٌ ، لها السُّدُسُ والبَاقِي له . وعلى القَوْلِ الآخرِ ، الكُلُّ له دُونَها . أُمُّ أُمٍّ وأُمُّ أَبٍ وأَبٌ ، السُّدُسُ بينهما على القَوْلِ الأَوَّلِ . وعلى الثَّانِي السُّدُسُ لِأُمِّ الأُمِّ ، والباقِي لِلْأَبِ . وقِيلَ : لِأُمِّ الأُمِّ نِصْفُ السُّدُسِ ، والباقِي للأَبِ ؛ لأَنَّ الأَبَ لو عُدِمَ لم يكنْ لِأُمِّ الأُمِّ إلَّا نِصْفُ السُّدُسِ ، فلا يكونُ لها مع وُجُودِهِ إلَّا ما كان لها مع عَدَمِه . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الإِخْوَةَ مع الأَبَوَيْنِ يَحْجُبُونَ الأُمَّ عن نصف مِيرَاثِها ، ولا يَأْخُذونَ ما حَجَبُوها عنه ، بل يَتوفَّرُ ذلِكَ على الأَبِ ، كذا هٰهُنا . ثَلَاثُ جَدَّاتٍ مُتَحاذِياتٌ وأَبٌ ، السُّدُسُ بَيْنَهُنَّ على الْقَوْلِ الأَوَّلِ ، ولِأُمِّ الأُمِّ على القَوْلِ الثَّانِي ، وعلى الثَّالِثِ لِأُمِّ الأُمِّ ثُلُثُ السُّدُسِ ، والباقِي للأَبِ . وإنْ كان مع المُتَحاذِياتِ جَدٌّ[٨] ، لم يَحْجُبْ إلَّا أُمَّهُ . أَبٌ وأُمُّ أَبٍ وأُمُّ أُمِّ أُمٍّ ، على قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، السُّدُسُ لِأُمِّ الأَبِ . ومَنْ حَجَبَ الْجَدَّةَ بابْنِهَا أَسْقَطَ أُمَّ الأَبِ . ثم اخْتَلَفَ الْقَائِلُون بذلك ، فقِيلَ : السُّدُسُ كُلُّهُ لِأُمِّ أُمِّ الأُمِّ ؛ لِأَنَّ الَّتِى تَحْجُبُها أو تُزَاحِمُها قد سَقَطَ حُكْمُها ، فصَارَتْ كَالْمَعْدُومَةِ . وقِيلَ : بل لها نِصْفُ السُّدُسِ على قَوْلِ زَيْدٍ ؛ لأَنَّهُ يُوَرِّثُ البُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ مع القُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ ، فكان لها نِصْفُ السُّدُسِ . وقيل : لا شَيْءَ لها ؛ لِأَنَّها انْحَجَبَتْ بِأُمِّ الأَبِ ، ثم انْحَجَبَتْ أُمُّ الأَبِ بِالْأَبِ ، فصَارَ المالُ كُلُّهُ للأَبِ .

---

(٤) في : باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(٥) في : باب الجدات . السنن ١ / ٥٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) ذكره سعيد بن منصور ، في : باب الجدات . السنن ١ / ٥٧ .

وأخرجه الدارمي ، عن ابن سيرين ، عن ابن مسعود ، موقوفا عليه ، في : باب في الجدات ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٥٨ .

(٨) في النسخ : « جدات » . والتصحيح من الشرح الكبير ٢١/٤ .

١٠٧/٦و **١٠١٨ – مسألة ؛ قال : (وَالْجَدَّاتُ الْمُتَحَاذِيَاتُ / أَنْ تَكُنْ[1] أُمَّ أُمِّ أُمٍّ ، وَأُمَّ أُمِّ أَبٍ وَأُمَّ أَبِي أَبٍ ، وَإِنْ كَثُرْنَ فَعَلَى ذَلِكَ)**

يَعْنِي بِالْمُتَحاذِيَاتِ الْمُتَسَاوِيَاتِ فِي الدَّرَجَةِ ، بحيثُ لا تكونُ وَاحِدَةٌ أَعْلَى مِن الأُخْرَى ولا أَنْزَلَ منها ؛ لأَنَّ الْجَدَّاتِ إِنَّما يَرِثْنَ كُلُّهُنَّ إذا كُنَّ فى دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، ومتى كان بَعْضُهُنَّ أَقْرَبَ مِن بَعْضٍ ، فالمِيراثُ لِأَقْرَبِهِنَّ ، فإذا قِيلَ : تَرَكَ جَدَّتَيْنِ وَارِثَتَيْنِ على أَقْرَبِ المَنازِلِ . فهما أُمُّ أُمِّهِ وأُمُّ أبيهِ . وإنْ قيلَ : تَرَكَ ثلاثًا . فهُنَّ كما قال الْخِرَقِيُّ ، أُمُّ أُمِّ أُمٍّ وأُمُّ أُمِّ أَبٍ وأُمُّ أَبِي أَبٍ ، وَاحِدَةٌ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ ، واثْنَتانِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ ، وهما أُمُّ أُمِّهِ وأُمُّ أبيهِ ، كما جاءَ الحديثُ ، وفى دَرَجَتِهِنَّ أُخْرَى مِنْ قِبَلِ الأُمِّ غير وَارِثَةٍ ، وهى أُمُّ أَبِي الأُمِّ ، ولا يرِثُ أَبَدًا مِن قِبَلِ الأُمِّ إِلَّا وَاحِدَةٌ ، وهى التى كُلُّ نَسَبِها أُمَّهاتٌ لا أَبَ فيهنَّ . فاحْفَظْ ذلك . فإنْ قِيلَ : تَرَكَ أَرْبَعًا . فَهُنَّ أُمُّ أُمِّ أُمِّ أُمٍّ ، وأُمُّ أُمِّ أُمِّ أَبٍ ، وأُمُّ أُمِّ أَبِي أَبٍ ، وأُمُّ أَبِي أَبِي أَبٍ . وفى دَرَجَتِهِنَّ أَرْبَعٌ غَيْرُ وَارِثاتٍ ، وقَدْ ذَكَرْناهُنَّ فيما تَقَدَّمَ ، إِلَّا أَنَّ مذهبَ أحمدَ لَا يُوَرِّثُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاثِ جَدَّاتٍ ، وهُنَّ الثَّلاثُ الأُوَلُ . وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ تَوْرِيثَهُنَّ وإنْ كَثُرْنَ ، فعلى هذا القَوْلِ كُلَّما زَادَ دَرَجَةً زادتْ جَدَّةٌ ، وَيَرِثُ فِي الدَّرَجَةِ الخامِسَةِ خَمْسٌ ، وفى السَّادِسةِ سِتٌّ ، وفى السَّابِعَةِ سَبْعٌ ، وعلى هذا أبدًا ، وقَوْلُ الخِرَقِيِّ : « وإنْ كَثُرْنَ فَعَلَى ذَلِكَ » . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ ذَهَبَ إلى تَوْرِيثِ الْجَدَّاتِ على هذا الْوَجْهِ وإنْ كَثُرْنَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أرادَ وإنْ كَثُرْنَ فلا يَرِثُ إِلَّا هؤلاءِ الثَّلاثُ . فَعلى هذا القَوْلِ لَا يَرِثُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلاثٍ ؛ وَاحِدَةٌ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ ، واثْنَتانِ مِنْ قِبَلِ الأَبِ ، وهما أُمُّ أُمِّهِ وأُمُّ أبيهِ وأُمَّهاتُهما . ولا تَرِثُ جَدَّةٌ فِي نَسَبِها أَبٌ بَيْنَ أُمَّيْنِ ، ولا ثَلاثَةُ آبَاءٍ . وإنْ أَرَدْتَ تَنْزِيلَ الجَدَّاتِ الْوَارِثَاتِ وغَيْرِهِنَّ ، فَاعلَمْ أَنَّ لِلْمَيِّتِ فى الدَّرجةِ الأُولَى جَدَّتَيْنِ ، أُمَّ أُمِّهِ وأُمَّ ١٠٧/٦ظ أبيهِ ، وفى الثَّانِيَةِ أَرْبَعٌ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَبَوَيْهِ جَدَّتَيْنِ فهما أَرْبَعٌ بالنِّسْبَةِ / إليه ، وفى الثَّالِثَةِ ثَمانٍ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَبَوَيْهِ أَرْبَعًا على هذا الْوَجْهِ ، فيكونُ لِوَلَدِهما ثَمانٍ . وعلى هذا كُلَّما عَلَوْنَ دَرَجَةً تَضاعَفَ عَدَدُهُنَّ ، ولا يَرِثُ مِنْهُنَّ إِلَّا ثلاثٌ . واللهُ أعلمُ .

---

(١) فى ا ، ب ، م : « تكون » .

بابُ مَنْ يَرِثُ من الرِّجالِ والنِّساءِ

١٠١٩ – مسألة ؛ قال : (وَيَرِثُ مِنَ الرِّجَالِ الابْنُ ، ثُمَّ ابنُ الابْنِ وإنْ سَفَلَ ، والأَبُ ، ثُمَّ الجَدُّ وإنْ عَلَا ، والأَخُ ، ثُمَّ ابْنُ الأَخِ ، والعَمُّ ، ثُمَّ ابْنُ العَمِّ ، والزَّوْجُ ، ومَوْلَى النِّعْمَةِ . وَمِنَ النِّسَاءِ البِنْتُ ، وبِنْتُ الابْنِ ، والأُمُّ ، والجَدَّةُ ، والأُخْتُ ، والزَّوْجَةُ ، ومَوْلَاةُ النِّعْمَةِ)

فهؤلاءِ مُجْمَعٌ على تَوْرِيثِهم ، وأَكْثَرُهم ثَبَتَ تَوْرِيثُه بِالْكِتابِ والسُّنَّةِ ، فالابنُ ثَبَتَ مِيراثُهُ بقولِه تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ﴾[١] . وابْنُ الابْنِ ابْنٌ[٢] . والأَبَوانِ ثَبَتَ مِيراثُهُما بقَوْلِهِ تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴾[١] . والجَدُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَنَاوَلَهُ قَوْلُه تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ ﴾ . كما دَخَلَ ابْنُ الابْنِ فى عُمومِ : ﴿أَوْلَادِكُمْ﴾[١] . والأَخُ والأُخْتُ مِن الأُمِّ ثَبَتَ مِيراثُهما بقَوْلِهِ تعالى : ﴿ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ﴾[٣] . ووَلَدُ الأَبَوَيْنِ ، والأَبُ ، ثَبَتَ إِرْثُه بِقَوْلِهِ تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾[٤] . وأَمَّا ابْنُ الأَخِ لِلأَبَوَيْنِ أو لِلأَبِ ، والعَمُّ وابْنُه ، وعَمُّ الأَبِ وابْنُه ، فثَبَتَ مِيراثُهم بقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَا أَبْقَتِ الْفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[٥] . ولم يَدْخُلْ فيهم وَلَدُ الأُمِّ ، ولا العمُّ لِلأُمِّ ، ولا ابْنُه ، ولا الخَالُ ، ولا أبو الأُمِّ ؛ لأنَّهم لَيْسُوا مِن العَصَبَاتِ ، وأَمَّا الْمَوْلى الْمُعْتِقُ والمَوْلَاةُ ، فثَبَتَ إِرْثُهما بقَوْلِه عليه السَّلامُ : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[٦] . والْجَدَّةُ أَطْعَمَها ، النَّبِىُّ ﷺ

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سقط من : م .

(٣) سورة النساء ١٢ .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

(٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

السُّدُسَ[٧] . والزَّوْجُ ثَبَتَ إِرْثُهُ بِقَوْلِهِ تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾[٨] . والزَّوْجَةُ ثَبَتَ إِرْثُها[٩] بِقَوْلِه تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾[٨] .

فصل : وجَمِيعُهم ضَرْبانِ ؛ ذُو فَرْضٍ ، وعَصَبَةٌ . فالذُّكُورُ كُلُّهمْ عَصَبَاتٌ إِلَّا الزَّوْجَ ، والأَخَ مِنَ الأُمِّ ، وإِلَّا الأَبَ ، والْجَدَّ / مع الابْنِ . والإِناثُ كُلُّهُنَّ إذا انْفَرَدْنَ عن إِخْوَتِهِنَّ ذَوَاتُ فَرْضٍ ، إِلَّا الْمَوْلَاةَ الْمُعْتِقَةَ ، وإِلَّا الأَخَوَاتِ مع البَناتِ . وعَدَدُ العَصَبَاتِ ؛ الابنُ ، وابْنُهُ وإِنْ نَزَلَ ، والأَبُ ، وأَبُوه وإِنْ عَلا ، والأَخُ مِن الأَبَوَيْنِ ، والأَخُ مِنَ الأَبِ وابْنَاهُما وإِنْ نَزَلا ، والعَمَّانِ كذلك ، وابْنَاهُما وإِنْ نَزَلا ، وعَمَّا الأَبِ ، وابْنَاهُما كذلك أبدًا ، ومَوْلَى النِّعْمَةِ . وعَدَدُ الإِناثِ ؛ البَناتُ ، وبَنَاتُ الابْنِ ، والأُمُّ ، والجَدَّةُ مِنَ الجِهَتَيْنِ وإِنْ عَلَتْ ، والأَخَوَاتُ مِن الجهاتِ الثَّلَاثِ . والأَخُ مِنَ الأُمِّ ، والزَّوْجُ ، والزَّوْجَةُ . ومَنْ لا يَسْقُطُ بِحالٍ خَمْسَةٌ ؛ الزَّوْجانِ ، والأَبوانِ ، ووَلَدُ الصُّلْبِ ؛ لأَنَّهُمْ يَمُتُّونَ بِأَنْفُسِهِم مِنْ غيرِ وَاسِطَةٍ بينهم وبينَ المَيِّتِ يَحْجُبُهم ، ومَنْ سِواهُم مِنَ الوَارِثِ إِنَّما يَمُتُّ بِواسِطَةٍ سِوَاهُ ، فيَسْقُطُ بِمَنْ هو أَوْلَى بِالمَيِّتِ مِنه .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٨) سورة النساء ١٢ .

(٩) سقط من : م .

بابُ مِيراثِ الْجَدِّ

رَوَى أبو دَاوُدَ[1] ، بإسْنَادِهِ عن قَتَادَةَ ، عن الْحَسَنِ ، عن عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ ، أنَّ رَجُلًا أتَى النَّبِيَّ ﷺ فقال : إنَّ ابنَ ابنِي مَاتَ ، فمَالِي مِنْ مِيرَاثِهِ ؟ قال : « لَكَ السُّدُسُ » . فلَمَّا أدْبَرَ دَعَاهُ ، فقال : « إنَّ لَكَ سُدُسًا آخَرَ » . فلَمَّا أدْبَرَ دَعَاهُ ، فقال : « إنَّ لَكَ السُّدُسَ الآخَرَ طُعْمَةٌ » . قال قَتَادَةُ : فلا نَدْرِى أيَّ شَىْءٍ وَرَّثَهُ . قال قَتَادَةُ : أقَلُّ شَىْءٍ وَرِثَ الْجَدُّ السُّدُسَ . ورُوِىَ عن الحسنِ أيضا ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنهُ قال : أيُّكمْ يَعْلَمُ ما وَرَّثَ رسولُ اللهِ ﷺ الْجَدَّ ؟ فقال مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ : أنا ، وَرَّثَهُ رسولُ اللهِ ﷺ السُّدُسَ . قال : مَعَ مَنْ ؟ قال : لَا أدْرِى . قال : لا دَرَيْتَ . قال : فما يُغْنِى إذًا ! رواهُ سَعِيدٌ[2] ، فِى « سُنَنِهِ » . قال أبو بكر ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ مِنْ أصْحَابِ رَسولِ اللهِ ﷺ على أنَّ الْجَدَّ أبا الأبِ ، لا يَحْجُبُهُ عنِ الميراثِ غيرُ الأبِ ، وأنْزَلُوا الْجَدَّ فِى الحَجْبِ والميراثِ مَنْزِلَةَ الأبِ فى جَمِيعِ المَوَاضِعِ ، إلَّا فِى ثلاثةِ أشياءَ ؛ أحَدُها ، زَوْجٌ وأبَوانِ . والثَّانِيَةُ ، / زَوْجَةٌ وأبَوَانِ ، لِلْأُمِّ ثُلُثُ الباقِى فِيهما مع الأبِ ، وثُلُثُ جَمِيعِ المالِ لو كان مَكانَ الأبِ جَدٌّ . والثالِثَةُ ، اخْتَلَفُوا فِى الْجَدِّ مع الإخْوَةِ والأخَوَاتِ لِلْأبَوَيْنِ أو للأبِ[3] . ولا خِلَافَ بينهم فى إسْقَاطِهِ بَنِى الإخْوَةِ ووَلَدَ الأُمِّ ،

٦/١٠٨ظ

---

(١) فى : باب ما جاء فى ميراث الجد ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٠ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث الجد ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٠ ، ٢٥١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٤٢٩ ، ٤٣٦ .

(٢) فى : باب الجد ، السنن ١ / ٤٤ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث الجد ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٤٤ .

(٣) فى م : « للابن » .

ذَكَرِهم وأُنْثاهم . وذَهبَ الصِّدِّيقُ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، إلى أنَّ الْجَدَّ يُسْقِطُ جَمِيعَ الإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ مِنْ جَمِيعِ الجهاتِ ، كما يُسْقِطُهم الأَبُ . وبذلك قال عبدُ اللهِ بْنُ عبَّاسٍ ، وعبدُ اللهِ بنُ الزُّبَيْرِ . ورُوِيَ ذلك عن عثمانَ ، وعائشةَ ، وأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ ، وأبي الدَّرْدَاءِ ، ومُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وأبي موسى ، وأبي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وحُكِيَ أيضا عن عِمْرانَ بن الْحُصَيْن ، وجَابِرِ بْنِ عبدِ اللهِ ، وأبي الطُّفَيْلِ ، وعُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، وعَطَاءٍ ، وطَاوُسٍ ، وجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ . وبه قال قَتَادةُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، ونُعَيْمُ بْنُ حَمَّادٍ ، وأبو حنيفةَ ، والْمُزَنِيُّ ، وابنُ شُرَيْحٍ ، وابنُ اللَّبَّانِ[٤] ، وداودُ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وكان عليُّ بنُ أبي طالِبٍ ، وابْنُ مَسْعُودٍ ، وزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، رَضِيَ اللهُ عنهم ، يُوَرِّثُونَهم معه ، ولا يَحْجُبُونَهم به . وبه قال مَالِكٌ ، والأَوْزاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ؛ لأنَّ الأخَ ذَكَرٌ يُعَصِّبُ أُخْتَهُ ، فلم يُسْقِطْهُ الْجَدُّ ، كالابنِ ، ولأنَّ مِيراثَهم ثَبَتَ بالْكِتابِ ، فلا يُحْجَبُونَ إلَّا بِنَصٍّ أو إجْمَاعٍ أو قِياسٍ ، وما وُجِدَ شَيْءٌ مِنْ ذلك ، فلا يُحْجَبُونَ ؛ ولأنَّهم تَسَاوَوْا في سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ فيَتَسَاوُون فيهِ ، فإنَّ الأخَ والجَدَّ يُدْلِيانِ بالأَبِ ، الْجَدُّ أبُوه ، والأخُ ابْنُه ، وقَرَابَةُ البُنُوَّةِ لا تَنْقُصُ عن قَرَابَةِ الأُبُوَّةِ ، بل رُبَّما كانتْ أقْوَى ؛ فإنَّ الابْنَ يُسْقِطُ تَعْصِيبَ الأبِ ، ولذلك مَثَّلَهُ عليٌّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، بشَجَرةٍ أنْبَتَتْ غُصْنًا ، فانْفَرَقَ مِنْهُ غُصْنانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنهما إلى الآخرِ أقْرَبُ منه إلى أصْلِ الشَّجرةِ ، ومَثَّلَهُ زَيْدٌ بِوادٍ خَرَجَ مِنه نَهْرٌ ، انْفَرقَ مِنْهُ جدْوَلانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ منهما إلى الآخرِ أقْرَبُ منه إلى الوَادِي . واحْتَجَّ مَنْ ذَهَبَ مذهبَ أبي بكرٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، بقَوْلِ النَّبيِّ ﷺ : « ألْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، وَمَا بَقِيَ فَلأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ »[٥] . والجَدُّ أَوْلَى مِن الأخِ ، بدَلِيلِ الْمَعْنَى والْحُكْمِ ؛ أمَّا الْمَعْنَى فإنَّهُ له قَرَابَةُ إيلادٍ وبَعْضِيَّةٍ كالأبِ ، وأمَّا الْحُكْمُ فإنَّ / الْفُرُوضَ إذا ازْدَحَمَتْ سَقَطَ الأخُ دُونَهُ ، ولا يُسْقِطُهُ أحَدٌ إلَّا الأبُ ، والإخْوَةُ والأخَوَاتُ

١٠٩/٦ و

(٤) محمد بن عبد الله بن الحسن ، ابن اللبان الفرضي ، الفقيه الشافعي ، إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات ، توفي سنة اثنتين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠ .

يَسْقُطونَ بثلاثةٍ ، ويُجْمَعُ له بين الفَرْضِ[٦] والتَّعْصِيبِ ، كالأبِ ، وهم يَنْفَرِدونَ بواحِدٍ منهما ، ويُسْقِطُ ولدَ الأُمِّ ، ووَلَدُ الأبِ يَسْقُطونَ بِهِم بالإجْماعِ إذا استَغْرَقَت الفُروضُ المالَ ، وكانوا عَصَبَةً ، وكذلك ولدُ الأبوَيْنِ في المُشَرَّكَةِ عندَ الأكْثَرِينَ ، ولأنَّه لا يُقْتَلُ بقَتْلِ ابنِ ابنِه ، ولا يُحَدُّ بقَذْفِه ، ولا يُقْطَعُ بسَرِقَةِ مالِه ، ويَجِبُ عليه نفقَتُه ، ويُمْنَعُ من دَفْعِ زَكاتِه إليه ، كالأبِ سَواءً ، فدلَّ ذلك على قُوَّتِه . فإنْ قيلَ : فالحديثُ حُجَّةٌ في تقديمِ الأخَواتِ ؛ لأنَّ فُروضَهنَّ في كتابِ اللهِ ، فيَجبُ أن تَلْحَقَ بهِنَّ فُروضُهُنَّ ، ويكونُ للجدِّ ما بَقِيَ . فالجوابُ ، أنَّ هذا الخَبَرَ حُجَّةٌ في الذُّكورِ المُنْفَرِدِينَ ، وفي الذُّكورِ مع الإناثِ . أو نقولُ : هو حجَّةٌ في الجميعِ ، ولا فَرْضَ لولدِ الأبِ مع الجدِّ ؛ لأنَّهم كَلالَةٌ ، والكَلالَةُ اسمٌ للوارِثِ مع عَدَمِ الوَلَدِ والوالِدِ ، فلا يكونُ لهم معه إذًا فَرْضٌ . حجَّةٌ أُخرَى ، قالوا : الجدُّ أبٌ ، فيَحْجُبُ وَلَدَ الأبِ ، كالأبِ الحقيقيِّ . ودليلُ كونِه أبًا قولُه تعالى : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ ﴾[٧] . وقولُ يوسفَ : ﴿ وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَـٰقَ وَيَعْقُوبَ ﴾[٨] . وقولُه : ﴿ كَمَآ أَتَمَّهَا عَلَىٰٓ أَبَوَيْكَ مِن قَبْلُ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَـٰقَ ﴾[٩] . وقال النَّبيُّ ﷺ : « ارْمُوا بَنِى إسْماعِيلَ ، فإنَّ أباكُم كانَ رامِيًا »[١٠] . وقال : « سامٌ أبو العَرَبِ ، وحامٌ أبو الحَبَشِ »[١١] . وقال : « نَحْنُ بَنِى النَّضْرِ بْنِ كِنانَةَ ، لَا نَقْفُوا أُمَّنا ، ولَا نَنْتَفِى[١٢] مِنْ أبِينا »[١٣] . وقال الشَّاعِرُ[١٤] :

---

(٦) في ا : « الفروض » .

(٧) سورة الحج ٧٨ .

(٨) سورة يوسف ٣٨ .

(٩) سورة يوسف ٦ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب التحريض على الرمي ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ واذكر في الكتاب إسماعيل ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٤ / ٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٤١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٦٤ ، ٤ / ٥٠ .

(١١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٩ ، ١٠ ، ١١ .

(١٢) في الأصل ، م : « تنفى » .

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من نفى رجلًا من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٧١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٢١١ ، ٢١٢ .

(١٤) الحماسة ١ / ٧٧ . وفيها أنه لبعض بنى قيس بن ثعلبة ، ويقال إنه لبشامة بن حزن النهشلي . وشرح ديوان الحماسة للمرزوقي ١ / ١٠٠ ، وفيه أنه لبشامة بن جزء النهشلي . وانظر حاشية شرح ديوان الحماسة .

إنَّا بنى نَهْشَلٍ لا نَدَّعى لِأبٍ عنه ولا هُوَ بالأبنــاءِ يَشْرِينَــا

فوجبَ أن يَحْجُبَ الإخوةَ ، كالأبِ الحَقِيقىِّ ، يُحقِّقُ هذا أنَّ ابنَ الابنِ وإن سَفَلَ يقومُ مَقامَ أبيه فى الحَجْبِ ، وكذلك أبو الأبِ يقومُ مَقامَ ابنِه ؛ ولذلك قال ابنُ عبَّاسٍ : ألا يَتَّقِى اللهَ زيدٌ ؟ يَجْعَلُ ابنَ الابنِ ابنًا ، ولا يَجعلُ أبا الأبِ أبًا . ولأنَّ بينهما إيلادًا / وبَعْضِيَّةً وجُزْئِيَّةً ، وهو يُساوِى الأبَ فى أكثرِ أحكامِه ، فيُساوِيه فى هذا الحَجْبِ . يحقِّقُه أنَّ أبا الأبِ وإنْ عَلا يُسْقِطُ بنى الإخْوَةِ ، ولو كانت قَرابةُ الجدِّ والأخِ واحدةً ، لَوَجَبَ أن يكونَ أبو الجدِّ مُساوِيًا لبنى الأخِ ، لتَساوِى دَرَجَةِ مَنْ أَدْلَيا به . واللهُ أعلمُ . ولا تَفْرِيعَ على هذا القَوْلِ لوُضُوحِه .

١٠٩/٦ ظ

فصل : اختَلَفَ القائلونَ بتَوْرِيثِهم معه فى كَيْفِيَّةِ تَوْرِيثِهم ، فكان علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، يَفْرِضُ للأخَواتِ فُروضَهنَّ ، والباقِىَ للجَدِّ ، إلَّا أن يَنْقُصَه ذلك من السُّدُسِ ، فيَفْرِضَه له ، فإنْ كانتْ أُخْتٌ لأبوَيْنِ ، وإخوةٌ لأبٍ ، فَرَضَ للأُختِ النِّصْفَ ، وقاسَمَ الجدُّ الإخوةَ فيما بَقِىَ ، إلَّا أنْ تَنْقُصَه المُقاسَمةُ من السُّدُسِ ، فنَفرضَه له . فإنْ كان الإخوةُ كلُّهم عَصَبَةً ، قاسَمَهم الجدُّ إلى السُّدُسِ . فإن اجتمعَ وَلَدُ الأبِ ووَلَدُ الأبوَيْنِ مع الجدِّ ، سَقَطَ ولدُ الأبِ ، ولم يدْخُلوا فى المُقاسَمَةِ ، ولا يُعْتَدُّ بِهِم . وإن انفردَ وَلَدُ الأبِ ، قاموا مَقامَ وَلَدِ الأبوَيْنِ مع الجدِّ . وصَنَعَ ابنُ مسعودٍ فى الجدِّ مع الأخَواتِ كصَنْعِ علىٍّ ، عليه السَّلامُ ، وقاسَمَ به الإخْوةَ إلى الثُّلُثِ ، فإن كانَ معهم أصحابُ فَرائِضَ ، أَعْطَى أصْحابَ الفَرائِضِ فَرائِضَهم ، ثمَّ صَنَعَ صنيعَ زَيْدٍ فى إعْطاءِ الجدِّ الأحَظَّ من المُقاسَمَةِ أو ثُلُثَ الباقِى أو سُدُسَ جميعِ المالِ ، وعلىٌّ يقاسِمُ به بعدَ أصحابِ الفرائِضِ ، إلَّا أن يكونَ أصحابُ الفرائِضِ بنتًا أو بناتٍ فلا يزيدُ الجدَّ على الثُّلُثِ ، ولا يُقاسِمُ به . وقال بقَوْلِ علىٍّ ، الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والمُغِيرَةُ بنُ المِقْسَمِ[١٥] ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والحَسَنُ بنُ

---

(١٥) المغيرة بن مقسم الضبى ، مولاهم ، من فقهاء التابعين بالكوفة ، توفى سنة ثلاث وثلاثين ومائة . طبقات الفقهاء ، للشيرازى ٨٣ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٦٩ .

صَالِحٍ. وذهبَ إلى قولِ ابنِ مَسْعُودٍ، مَسْرُوقٌ، وعَلْقَمَةُ، وشُرَيْحٌ. وأمَّا مذهبُ زَيْدٍ فهو الذى ذكره الخِرَقِيُّ، وسَنَشْرَحُه إنْ شاءَ اللهُ. وإليه ذَهَبَ أحمدُ. وبه قالَ أهلُ المدينةِ، وأهلُ الشَّامِ، والثَّوْرِيُّ، والأَوْزاعِيُّ، والنَّخَعِيُّ، والحَجَّاجُ بنُ أَرْطاةَ[١٦]، ومالِكٌ، والشَّافِعِيُّ، وأبو يوسفَ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ، وأبو عُبَيْدٍ، وأكثرُ أهلِ العلمِ. / ٦/١١٠و

١٠٢٠ – مسألة؛ قال أبو القاسِمِ: (وَمَذْهَبُ أَبِى عَبْدِ اللهِ، رَحِمَهُ اللهُ، فِى الْجَدِّ، قَوْلُ زيدِ بْنِ ثَابِتٍ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ: وَإِذَا كَانَ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ وَجَدٌّ، قَاسَمَهُمُ[١] الجَدُّ بِمَنْزِلَةِ أَخٍ، حَتَّى يَكُونَ الثُّلُثُ خَيْرًا لَهُ[٢]، فَإِذَا[٣] كَانَ الثُّلُثُ خَيْرًا لَهُ، أُعْطِىَ ثُلُثَ جَمِيعِ المَالِ)

وجملةُ ذلك أنَّ مذهبَ زَيْدٍ فى الجدِّ مع الإخوةِ، والأخواتِ للأبوَيْنِ، أو للأبِ، أنَّه يُعْطِيه الأحَظَّ من شيئَيْنِ؛ إمَّا المُقاسَمةُ، كأنَّه أخٌ، وإمَّا ثُلُثُ جميعِ المالِ. فعلَى هذا إذا كان الإخوةُ اثنَيْنِ، أو أرْبعَ أخواتٍ، أو أخًا وأُخْتَيْنِ، فالثُّلُثُ والمُقاسَمةُ سواءٌ، فأعْطِه ما شِئْتَ منهما. وإنْ نَقَصُوا عن ذلك، فالمُقاسَمةُ أحظُّ له[٤]، فقاسِمْ به لا غيْرُ. وإنْ زادوا، فالثُّلُثُ خيرٌ له، فأعْطِه إيَّاه. وسواءٌ كانوا من أبٍ أو مِن أبوَيْنِ. فإنِ اجْتمَعَ وَلَدُ الأبوَيْنِ، وولدُ الأبِ، فإنَّ ولدَ الأبوَيْنِ يُعادُّونَ[٥] الجدَّ بوَلَدِ الأبِ، ويَحْتَسِبُونَ بِهِم عليه، ثم ما حَصَلَ لهم أخَذَه منهم ولدُ الأبوَيْنِ، إلَّا أنْ يكونَ ولدُ الأبوَيْنِ أُخْتًا واحدَةً، فتأخُذَ منهم تَمامَ نِصْفِ المالِ، ثم ما فَضَلَ فهو لهم. ولا يُمْكِنُ أنْ يَفْضُلَ عنهم أكثرُ من السُّدُسِ؛ لأنَّ أدْنَى ما للجَدِّ الثُّلُثُ، وللأُخْتِ النِّصْفُ، والباقِى بعدَهما هو السُّدُسُ.

---

(١٦) الحجاج بن أرطاة الكوفى القاضى الفقيه المفتى، روى عن الشعبى وعطاء. تهذيب التهذيب ٢ / ١٩٦.

(١) فى ا، ب، م: «قاسم».

(٢) سقط من: م.

(٣) فى م: «فإن».

(٤) سقط من: ا.

(٥) هم يتعادُّون: إذا اشتركوا فيما يُعادُّ فيه بعضهم بعضاً. والعدائد: الذين يُعادُّ بعضهم بعضا فى الميراث. اللسان (ع د د).

١٠٢١ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ والإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ أَصْحَابُ فَرَائِضَ ، أُعْطِيَ أَصْحَابُ الفَرَائِضِ فَرَائِضَهُمْ ، ثُمَّ نُظِرَ[١] فِيمَا بَقِيَ ، فَإِنْ كَانَتِ الْمُقَاسَمَةُ خَيْرًا لِلْجَدِّ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ ، وَمِنْ سُدُسِ جَمِيعِ الْمَالِ ، أُعْطِيَ الْمُقَاسَمَةَ ، وَإِنْ كَانَ ثُلُثُ مَا بَقِيَ خَيْرًا لَهُ مِنَ الْمُقَاسَمَةِ ، وَمِنْ سُدُسِ جَمِيعِ الْمَالِ ، أُعْطِيَ ثُلُثَ مَا بَقِيَ ، فَإِنْ كَانَ سُدُسُ جَمِيعِ الْمَالِ أَحَظَّ لَهُ مِنَ الْمُقَاسَمَةِ ، وَمِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ ، أُعْطِيَ سُدُسَ جَمِيعِ الْمَالِ)

أَمَّا كَوْنُه لا يَنْقُصُ عن سُدُسِ جميعِ المالِ ؛ فلأَنَّه لا يَنْقُصُ عن ذلك مع الوَلَدِ الذى هو أَقْوَى ، فمع غيرِهم أَوْلَى . وأَمَّا إعطاؤُه ثُلُثَ الباقِى إذا كان أَحظَّ له ، فلأَنَّ له الثلثَ مع عَدَمِ الفُرُوضِ ، فما أُخِذَ بالفَرْضِ ، فكأنَّه ذَهَبَ من المالِ ، فصار ثُلُثُ الباقِى بمنزلَةِ ثُلُثِ جَمِيعِ المَالِ . وأَمَّا المُقَاسَمةُ فهىَ له مع عَدَمِ الفُرُوضِ ، / فكذلك مع وُجُودِها ، فعلى هذا متى زاد الإخوةُ عنِ اثنَيْنِ ، أو مَنْ يَعْدِلُهم من الإناثِ ، فلا حَظَّ له فى المُقاسَمةِ ، ومتى نَقَصُوا عن ذلك فلا حَظَّ له فى ثُلُثِ الباقِى ، ومتى زادتِ الفُرُوضُ على النِّصْفِ فلا حظَّ له فى ثُلُثِ ما بَقِىَ ، وإنْ نَقَصَتْ عن النِّصْفِ فلا حظَّ له فى السُّدُسِ ، وإن كان الفَرْضُ النِّصْفَ فَحَسْبُ اسْتَوَى السُّدُسُ وثُلُثُ الباقِى ، وإنْ كانَ الإخوةُ اثنَيْنِ اسْتَوَى ثُلُثُ الباقِى والمُقاسمةُ

٦/١١٠ظ

١٠٢٢ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُصُ الْجَدُّ أَبَدًا مِنْ سُدُسِ جَمِيعِ المَالِ ، أَوْ تَسْمِيَتِه إِذَا زَادَتِ السِّهَامُ)

هذا قولُ عامَّةِ أهلِ العِلْمِ ، إلَّا أنَّه رُوِىَ عن الشَّعْبِىِّ أنَّه قال : إنَّ ابنَ عَبَّاسٍ كَتَبَ إلى علىٍّ فى سِتَّةِ إخوةٍ وجَدٍّ . فكتب إليه : اجْعَلِ الجَدَّ سابِعَهم ، وامْحُ كتابِى هذا[١] .

---

(١) فى م : « ينظر » .

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب كيفية المقاسمة بين الجد والإخوة والأخوات ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٤٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب إذا ترك إخوة ... ، من كتاب الفرائض . المصنف ١١ / ٢٩٣ .

ورُوِىَ عنه فى سَبْعَةِ إخوةٍ وجَدٍّ ، أنَّ الجدَّ ثامِنُهم . وحُكِىَ عن عِمرانَ بن حُصَيْنٍ والشَّعْبِىِّ المقاسمةُ إلى نِصْفِ سُدُسِ المَالِ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ لا يَنْقُصُ عن[2] السُّدُسِ مع البَنِينَ ، وهم أقْوَى مِيراثًا من الإخوةِ ؛ فإنَّهم يُسْقِطُونَهم ، [3]فلأنْ لا[3] يَنْقُصَ عنه مع الإخوةِ أوْلَى ، ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ أطْعَمَ الجدَّ السُّدُسَ[4] ، فلا ينبغى أنْ يَنْقُصَ منه . وأمَّا قولُه : « أوْ تَسْمِيَتُه إذا زادَتِ السِّهامُ » . فإنَّه يَعْنِى إذا عالَتِ المَسْأَلةُ ، فإنَّه يُسَمَّى له السُّدُسُ ، وهو ناقِصٌ عن السُّدُسِ ، ألا تَرَى أنَّا نقولُ فى زَوْجٍ وأُمٍّ وابْنَتَيْنِ وجَدٍّ : له السُّدُسُ . ونُعْطِيه سَهْمَيْنِ من خَمْسَةَ عَشَرَ سَهْمًا وهما ثُلُثَا[5] الخُمُسِ . ومتى أفْضَتِ المَسْأَلَةُ إلى العَوْلِ ، سَقَطَ الإخوةُ والأخَواتُ ، إلَّا فى الأكْدَرِيَّةِ . ولا يَنْقُصُ الجدُّ عن السُّدُسِ الكاملِ فى مسألةٍ يَرِثُ فيها أحَدٌ من الإخوةِ والأخَواتِ .

١٠٢٣ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ أَخٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وأَخٌ لأَبٍ ، وَجَدٌّ ، قَاسَمَ الجَدُّ الأَخَ لِلأَبِ وَالأُمِّ ، والأَخَ لِلأَبِ ، عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ، ثُمَّ رَجَعَ الأَخُ لِلأَبِ والأُمِّ عَلَى مَا فِي يَدِ أَخِيهِ لِأَبِيهِ ، فَأَخَذَهُ)

قد ذَكَرْنا أنَّ الجدَّ يُقاسِمُ / الإخوةَ كأخٍ ، ما لم تَنْقُصْه المقاسَمةُ عن[1] الثُّلُثِ ، وأنَّ وَلَدَ الأبَوَيْنِ يُعادُّونَ الجدَّ بِوَلَدِ الأبِ ، ثم يَأْخُذُونَ ما حَصَلَ لهم ، وأنَّه متى كانَ اثنانِ مِن الإخوةِ وجَدٌّ ، اسْتَوَى الثُّلُثُ والمُقاسَمةُ . ففى هذه المَسْألةِ قد اسْتَوَى الثُّلُثُ والمُقاسَمةُ ، ولذلك اقْتَسَما على ثلاثةٍ ، لكلِّ واحِدٍ سَهْمٌ ، ثم أخَذَ الأخُ للأبَوَيْنِ ما حَصَلَ لأخِيه مِن أبِيه . وإنْ شِئْتَ فَرَضْتَ للجَدِّ الثُّلُثَ ، والباقِى لِوَلَدِ الأبَوَيْنِ . وإنْ زاد

١١١/٦ و

---

(٢) فى الأصل ، ا : « من » .

(٣-٣) فى الأصل ، ا : « فلئلا » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٥ .

(٥) فى النسخ : « ثلث » .

(١) فى الأصل ، ا : « من » .

عددُ الإخوةِ على اثنَيْنِ أو مَنْ يَعْدِلُهما من الأخواتِ ، فافْرِضْ للجَدِّ الثُّلُثَ ، والباقِى لِوَلَدِ الأبوَيْنِ . هذا مذهبُ زَيْدٍ . وأمَّا علىٌّ ، وابنُ مسعودٍ ، فإنَّهما يُقاسِمانِ به وَلَدَ الأبوَيْنِ ، ويُسْقِطانِ وَلَدَ الأبِ ، ولا يَعْتَدَّانِ به ؛ لأنَّه مَحْجُوبٌ بِوَلَدِ الأبوَيْنِ ، فلا يُعْتَدُّ به كولدِ الأُمِّ ، وقَسَما هذه المسألةَ بين الجدِّ والأخِ من الأبوَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وأسْقَطا الأخَ من الأبِ . ولنا ، أنَّ الْجَدَّ والدٌ ، فإذا حَجَبَه أَخَوانِ وَارِثانِ ، جازَ أنْ يَحْجُبَه أخٌ وارِثٌ ، وأخٌ غيرُ وارثٍ ، كالأُمِّ ، ولأنَّ وَلَدَ الأبِ يَحْجُبُونَه إذا انْفَرَدُوا ، فيَحْجُبونَه مع غيرِهم ، كالأُمِّ ، ويفارِقُ وَلَدَ الأُمِّ ؛ لأنَّ الجدَّ يَحْجُبُهم ، فلا يَنْبَغِى أن يَحْجُبُوه بخلافِ وَلَدِ الأبِ ؛ فإنَّ الْجَدَّ لا يَحْجُبُهم ، فَجازَ أنْ يَحْجُبُوه إذا حَجَبَهم غيرُه ، كما يَحْجُبُونَ الأُمَّ ، وإنْ كانُوا محجوبِينَ بالأبِ . وأمَّا الأخُ من الأبوَيْنِ ، فهو أقْوَى تَعْصِيبًا من الأخِ من الأبِ ، فلا يَرِثُ معه شيئًا ، كما لو انْفَرَدا عن الْجَدِّ ، فيأْخُذُ ميراثَه ، كما لو اجتمعَ ابنٌ ، وابنُ ابنٍ ، حَجَبَه وأَخَذَ ميراثَه . فإنْ قيل : فالْجَدُّ يَحْجُبُ وَلَدَ الأُمِّ ، ولا يأْخُذُ ميراثَه ، والإخوةُ يَحْجُبونَ الأُمَّ وإن لم يَأْخُذُوا مِيراثَها . قُلْنا : الجدُّ وَوَلَدُ الأُمِّ يَخْتَلِفُ سَبَبُ استحقاقِهما للميراثِ ، وكذلك سائِرُ مَن يَحْجُبُ ولا يَأْخُذُ ميراثَ المَحْجُوبِ ، وهٰهُنا سَبَبُ استِحْقاقِ الإخوةِ للميراثِ الأُخُوَّةُ والعُصُوبةُ ، فأيُّهما قَوِىَ حَجَبَ الآخَرَ ، وأَخَذَ مِيرَاثَه . وقد مُثِّلَتْ هذه المَسْألةُ بمسألةٍ فى الوَصايا ، وهى إذا أَوْصَى لِرَجُلٍ بثُلُثِ ماله ، ولآخَرَ بمائةٍ ، ولثالثٍ[٢] بتَمامِ الثُّلُثِ على المِائَةِ ، وكان ثُلُثُ المالِ مِائَتَيْنِ ، فإنَّ المُوصَى له بالمِائَةِ يُزاحِمُ صاحبَ / الثُّلُثِ بصاحِبِ التَّمامِ ، فيُقاسِمُه الثُّلُثَ نِصْفَيْنِ ، ثم يَخْتَصُّ صاحبُ المِائَةِ بها ، ولا يَحْصُلُ لصاحِبِ التَّمامِ شىءٌ . ١١١/٦ظ

فصل : أخٌ لأبوَيْنِ وأُختانِ لأبٍ وجَدٌّ ، للجدِّ الثُّلُثُ ، والباقِى للأخِ . وفى قول علىٍّ ، وابنِ مَسْعُودٍ : المالُ بينه وبينَ الجَدِّ نِصْفَيْنِ . أخٌ وأُختٌ من أبوَيْنِ وأُختٌ من أبٍ وجدٌّ ، فللجَدِّ الثُّلُثُ ، والباقِى بينَ وَلَدِ الأبوَيْنِ على ثلاثةٍ ، وتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . وفى قولِ علىٍّ وابنِ مسعودٍ : المالُ بينَ وَلَدِ الأبوَيْنِ والْجَدِّ على خَمْسَةٍ . أخٌ لأبوَيْنِ وأُختٌ لأبٍ

---

(٢) فى ا ، م : « ولآخر » .

وجدٌّ ، المال بينهم على خمسة ؛ للجدِّ سَهْمانِ ، والباقِي للأخ . وعندهما المالُ بينَهما نِصفَيْنِ .

فصل : أخوانِ لأبوَيْنِ وأخٌ لأبٍ ، وجدٌّ ، للجدِّ الثُّلُثُ ، والباقِي للأخوَيْنِ للأبوَيْنِ عندَ الجَمِيعِ . وإنْ كان وَلَدُ الأبوَيْنِ ثَلاثَةً ، فللجدِّ الثُّلُثُ أيضًا عندَ زَيْدٍ . وعندَ عليٍّ وابنِ مَسْعُودٍ : له الرُّبُعُ ؛ لأنَّهما يُقاسِمانِ به إلى السُّدُسِ . أخٌ وأُختٌ مِن أبوَيْنِ وأخٌ مِن أبٍ أو أكثرُ من ذلك ، فللجدِّ الثُّلُثُ ، وعندَهما للجَدِّ الخُمُسانِ ، وللأخِ للأبوَيْنِ الخُمُسانِ ، وللأُختِ الخُمُسُ .

١٠٢٤ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ أَخٌ وَأُخْتٌ لِأَبٍ وأُمٍّ ، أَوْ لِأَبٍ ، وَجَدٌّ ، كَانَ المالُ بَيْنَ الجَدِّ والأَخِ والأُخْتِ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، ولِلأَخِ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ)

المُقاسَمةُ هٰهُنا خيرٌ للجدِّ مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه يَحْصُلُ له بها خُمُسَا المالِ ، وذلك خيرٌ له من الثُّلُثِ . وكذلك كُلَّما نَقَصَ الإخوةُ عن اثْنَيْنِ ، أو مَنْ يَعْدِلُهم مِن الإناثِ ، كثلاثِ أخَواتٍ ، أو أُختَيْنِ ، أو أخٍ واحِدٍ ، أو أُختٍ واحدةٍ ، فليس فيها إلَّا المُقاسَمةُ به كأخٍ . وهذا قَوْلُ زَيْدٍ ، وعليٍّ ، وعبدِ اللهِ ، إذا كانوا عَصَبَةً ، فأمَّا إنْ كُنَّ أخَواتٍ مُنْفَرِداتٍ ، فإنَّ عليًّا ، وابنَ مَسْعُودٍ ، يَفْرِضان لهنَّ فُرُوضَهُنَّ ، ثم يُعْطِيانِ الجَدَّ ما بَقِيَ .

١٠٢٥ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ أُخْتٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، وَأُخْتٌ لِأَبٍ ، وَجَدٌّ ، كَانَتِ الفَرِيضَةُ [(١)] بَيْنَ الجَدِّ [(١)] والأُخْتَيْنِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلجَدِّ سَهْمانِ ، وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ ، / ثُمَّ رَجَعَتِ الأُخْتُ لِلأُمِّ وَالأَبِ ، فَأَخَذَتْ مِمَّا [(٢)] فِي يَدِ أُخْتِها لِتَسْتَكْمِلَ النِّصْفَ) ١١٢/٦و

المُقاسمةُ هٰهُنا أحَظُّ للجدِّ ، وتَعْتَدُّ الأُختُ للأبوَيْنِ على الجَدِّ بأُختِها مِنْ أبيها ،

(١ – ١) في م : « للجد » .

(٢) في ا : « ما » .

فيَصِيرُ له النِّصْفُ ، ولهما النِّصفُ بينهما على اثنَيْنِ ، لِكُلِّ واحدةٍ سَهْمٌ ، ثم تأْخُذُ الأُخْتُ من الأبوَيْنِ ما بَقِىَ فى يَدِ أُخْتِها ، لِتَسْتَكْمِلَ تَمامَ فَرْضِها ، وهو جميعُ ما فى يَدِها ، فلا يَبْقَى لها شىءٌ ، وتصيرُ كما لو كان معهما بنتٌ ، فأخذتِ البِنْتُ النِّصْفَ ، ويَبْقَى النِّصْفُ ، فإنَّ الأُخْتَ مِن الأبوَيْنِ تأْخُذُه جميعَه ، فلا يَبْقَى للأُخْتِ من الأبِ شىءٌ .

فصل : فإنْ كانَ مع الأُختِ من الأبوَيْنِ أُختانِ من أبٍ ، كان المالُ بينهنَّ وبينَ الجدِّ على خَمْسَةِ أسْهُمٍ ؛ للجدِّ اثنانِ ، ولهنَّ ثلاثةٌ ، ثم تأخذُ الأختُ من الأبوَيْنِ مِن أُخْتَيْها تَمامَ النِّصفِ ، وهو سَهْمٌ ونِصْفٌ ، يَبْقَى لهما نِصْفُ سَهْمٍ بينهما ، لِكُلِّ واحدةٍ رُبُعُ سَهْمٍ ، فتَضْرِبُ مَخْرَجَ الرُّبْعِ ، وهو أربعةٌ فى خَمْسَةٍ ، تَكُنْ عشرينَ ؛ للجَدِّ ثمانيةٌ ، وللأُخْتِ للأبوَيْنِ عَشَرَةٌ ، ولِكُلِّ واحدةٍ مِنْ أُخْتَيْها سَهْمٌ . فإنْ كان معها ثلاثُ أخواتٍ ، أو أكثرُ من ذلك ، فليس للجَدِّ إلَّا الثُّلُثُ ، ولها النِّصْفُ ، ويَبْقَى السُّدُسُ بين الأخواتِ من الأبِ وإن كَثُرْنَ . وإنْ كانَ مِن وَلَدِ الأبوَيْنِ أُختانِ أو أكثرُ ، فليس للأخواتِ مِنَ الأبِ شىءٌ وإنْ كَثُرْن ؛ لأنَّ فَرْضَ الأُخْتَيْنِ الثُّلُثانِ ، والجدُّ لا يَنْقُصُ عن الثُّلُثِ ، فلا يَبْقَى من المالِ شىءٌ ، ولأنَّ الأخواتِ من الأبوَيْنِ يُسقِطْنَ الأخواتِ مِنَ الأبِ باستكمالِ الثُّلُثَيْنِ ، ولو لم يكُنْ مَعَهُنَّ جَدٌّ ، فمع الجدِّ أَوْلَى . وليس فى هذه المسألةِ اختلافٌ . فأمَّا مسألةُ الخِرَقِىِّ ، فإنَّ عليًّا وعبدَ اللهِ يَفرِضانِ للأُخْتِ من الأبوَيْنِ النِّصْفَ ، وللأختِ من الأبِ السُّدُسَ ، والباقِىَ للجَدِّ ، وكذلك إنْ كانَ معها أختانِ أو أخواتٌ مِنْ أبٍ .

١٠٢٦ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ مَعَ الَّتِى مِنْ قِبَلِ الأَبِ أَخُوهَا ، كَانَ المَالُ بَيْنَ الجَدِّ وَالأَخِ وَالأُخْتَيْنِ عَلَى سِتَّةِ أَسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلأَخِ سَهْمَانِ ، / وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمٌ ، ثُمَّ رَجَعَتِ الأُخْتُ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ عَلَى الأَخِ وَالأُخْتِ مِنَ الأَبِ ، فأَخَذَتْ مِمَّا فِى أَيْدِيهِمَا ؛ لِتَسْتَكْمِلَ النِّصْفَ ، فَتَصِحُّ الفَرِيضَةُ مِنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِلْجَدِّ سِتَّةُ أَسْهُمٍ ، ولِلأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ تِسْعَةُ أَسْهُمٍ ، وللأَخِ سَهْمَانِ ، وَلِلأُخْتِ سَهْمٌ)

٦/١١٢ظ

الْمُقاسمةُ هـٰهُنا والثُّلُثُ سواءٌ ، فإنْ قاسَمْتَ به كان المالُ بينَهم على سِتَّةِ أسْهُمٍ ، يأخذُ الجدُّ سَهْمَيْنِ ، ثمَّ يَكْمُلُ للأُخْتِ تَمامُ النِّصْفِ مِمَّا فى أيديهما ثلاثةُ أسهمٍ ، يَبْقَى لهما[1] سَهْمٌ عَلَى ثَلاثَةٍ لا يَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ ثلاثةً فى أَصْلِ المَسأَلَةِ ، تكُنْ ثمانيةَ عَشَرَ ، كما قال الخِرَقِيُّ . وإنْ زادَ وَلَدُ الأبِ على هذا لم يَزَادُوا على السُّدُسِ شيئًا ؛ لأنَّ الجدَّ لا يَنْقُصُ عن الثُّلُثِ ، والأختَ لا تَنْقُصُ عن النِّصْفِ ، فلا يَبْقَى إلَّا السُّدُسُ .

١٠٢٧ – مسألة الأُكْدَرِيَّة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأُخْتٌ وَجَدٌّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ ، وَلِلأُخْتِ النِّصْفُ ، وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ)

ثُمَّ يُقَسَّمُ سُدُسُ الجَدِّ ونِصْفُ الأُخْتِ بينَهما ، على ثَلاثَةِ أسهمٍ ؛ للجَدِّ سَهْمانِ ، وللأُخْتِ سَهْمٌ ، فَتَصِحُّ الفريضةُ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشرِينَ سهمًا ، للزَّوْجِ تِسعةُ أسْهُمٍ ، وللأُمِّ سِتَّةٌ ، وللْجَدِّ ثمانيةٌ ، وللأُخْتِ أربعةٌ . وتُسَمَّى هَذِه المسألةُ الأكْدَرِيَّةَ . ولا يُفْرَضُ للجَدِّ مع الأَخَواتِ فى غيرِ هذه المسألةِ . قيل : إنَّما سُمِّيَتْ هذه المسألةُ الأكْدَرِيَّةَ ، لِتَكْدِيرِها لأُصُولِ زَيْدٍ فى الْجَدِّ ؛ فإنَّه أعالَها ، ولا عَوْلَ عندَه فى مسائِلِ الْجَدِّ ، وفَرَضَ للأُخْتِ معه ، ولا يَفْرِضُ لأختٍ مع جَدٍّ ، وجَمَعَ سِهامَه وسهامَها ، فقَسَمَها بينهما ، ولا نَظِيرَ لذلك . وقيل : سُمِّيَت الأكْدَرِيَّةَ ؛ لأنَّ عبدَ المَلِكِ بنَ مَرْوانَ سأَلَ عنْها رجلًا اسمُه الأكْدَرُ ، فأَفْتَى فيها على مذهبِ زَيْدٍ ، وأَخطأَ فِيها ، فنُسِبَتْ إليه . واختلفَ أهلُ العلمِ فيها ؛ فمذهبُ أبى بكرٍ الصِّدِّيقِ ومُوافِقِيه ، إسْقاطُ الأختِ ، ويَجْعَلُ للأُمِّ الثُّلُثَ ، وما بَقِيَ للجَدِّ . وقال عمرُ ، وابنُ مَسْعُودٍ : للزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأُخْتِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ السُّدُسُ ، وللجدِّ / السُّدُسُ ، وعالَتْ إلى ثَمانِيةٍ . وجعلوا للأُمِّ السُّدُسَ كى لا يُفضِّلُوها على الجَدِّ . وقال علىٌّ ، وزَيْدٌ : للزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأُخْتِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ ، وللجَدِّ السُّدُسُ ، وأعالَاها[1] إلى تِسعَةٍ ، ولم يَحْجُبا الأُمَّ عن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ

٦/١١٣و

(١) فى م : « لها » .

(١) فى الأصل ، ا : « وعولاها » .

اللهَ تعالى إنَّما حَجَبَها بالوَلَدِ والإخوةِ ، وليس هـٰهُنا وَلَدٌ ولا إخوةٌ . ثم إنَّ عمرَ ، وعليًّا ، وابنَ مَسْعُودٍ ، أَبْقَوُا النِّصْفَ للأُخْتِ ، والسُّدُسَ للجَدِّ ، وأَمَّا زَيْدٌ فإنَّه ضَمَّ نِصفَها إلى سُدُسِ الجَدِّ ، فقَسَمَه بينهما ؛ لأنَّها لا تَستَحِقُّ معه إلَّا بحُكْمِ المقاسَمةِ ، وإنَّما حَمَلَ زَيْدٌ على إعالَةِ المسألَةِ هـٰهُنا ؛ لأنَّه لو لم يَفْرِضْ للأُخْتِ لسَقَطَتْ ، وليس في الفَرِيضةِ مَنْ يُسْقِطُها ، وقد رُوِيَ عن قَبِيصَةَ بنِ ذُؤَيْبٍ أنَّه قال : ما قال ذلك زَيْدٌ ، وإنَّما قاسَ أصحابُه على أُصولِه ، ولم يُبَيِّنْ هو شيئًا . فإنْ قيلَ : فالأُخْتُ مع الجدِّ عَصَبَةٌ ، والعَصَبَةُ تَسْقُطُ باستكمالِ الفُروضِ . قُلْنا : إنَّما يُعَصِّبُها الجَدُّ ، وليس بعَصَبَةٍ مع هؤُلاءِ ، بل يُفْرَضُ له ، ولو كانَ مكانَ الأُخْتِ أخٌ لَسَقَطَ ؛ لأنَّه عَصَبَةٌ في نَفْسِه . ولو كانَ مع الأُخْتِ أُخْرَى ، أو أخٌ أو أكثرُ من ذلك ، لَا نْحَجَبَتِ الأُمُّ إلى السُّدُسِ ، وبَقِيَ لهما السُّدُسُ ، فأَخَذُوه ، ولم تَعُلِ المسألةُ . وأصلُ المسألةِ في الأُكْدَرِيَّةِ سِتَّةٌ ، وعالَت إلى تِسْعَةٍ ، وسِهامُ الأُختِ والجدِّ أَرْبَعَةٌ بينَهما ، على ثلاثَةٍ لا تَصِحُّ ، فتَضْرِبُ ثلاثةً في تسعةٍ ، تكُنْ سبعةً وعِشرِينَ ، ثمَّ كلُّ مَنْ له شيءٌ من[2] أَصْلِ المَسأَلةِ مَضْرُوبٌ في الثلاثةِ التي ضَرَبْتَها في المسألةِ ، فلِلزَّوْجِ ثلاثةٌ في ثلاثةٍ : تِسْعَةٌ ، وللأُمِّ اثنانِ في ثلاثةٍ : سِتَّةٌ ، ويَبْقَى اثنا عَشَرَ بين الجَدِّ والأُختِ على ثلاثةٍ ؛ له ثمانيةٌ ، ولها أربعةٌ ، ويُعايَى بها ، فيقالُ : أربعةٌ وَرِثُوا مالَ مَيِّتٍ ، فأَخَذَ أحدُهم ثُلُثَه ، والثَّاني ثُلُثَ ما بَقِيَ ، والثَّالِثُ ثُلُثَ ما بَقِيَ ، والرَّابِعُ ما بَقِيَ . ويقالُ : امرأةٌ جاءَتْ قومًا ، فقالت : إنِّي حامِلٌ ، فإنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا فلا شيءَ له ، وإنْ ولدتُ أُنْثَى فَلَها تُسْعُ المالِ وثُلُثُ تُسْعِه ، / وإنْ ولدتُ ولَدَيْنِ فلهما السُّدُسُ . ويقال أيضًا : إنْ ولدتُ ذكرًا فَلِي ثُلُثُ المالِ ، وإنْ ولدتُ أُنثى فَلِي تُسْعَاه ، وإنْ ولدتُ ولَدَيْنِ فلِي سُدُسُه .

٦/١١٣ظ

فصل : زوجةٌ وأُمٌّ وأختٌ وجدٌّ ، للزَّوْجَةِ الرُّبُعُ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ ، والباقِي بين الجدِّ والأُختِ على ثلاثةٍ ؛ أَصْلُها مِن اثْنَيْ عَشَرَ ، وتَصِحُّ من سِتَّةٍ وثلاثين . فإنْ كانَ مكانَ

---

(٢) في م : « في » .

الأُخْتِ أَخٌ ، فالباقِى بينهما نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من أربعةٍ وعشرينَ . وإنْ كانَتا أُخْتَيْنِ ، قَاسَمَهُمَا، وصَحَّتْ من ثمانيةٍ وأربعينَ . فإنْ كانَ أخٌ وأختٌ أو ثلاثُ أُخواتٍ ، حَجَبُوا الأُمَّ إلى السُّدُسِ ، وقَسَمُوا الباقِى بينهم على خَمْسةٍ ، وصَحَّتْ من سِتِّينَ . فإنْ زادُوا على ذلك ، اسْتَوَى ثُلُثُ الباقِى والمُقاسَمةُ ، فافرِضْ له ثُلُثَ الباقِى ، واضْرِبِ المسألةَ فى ثلاثةٍ ، تَصِيرُ سِتَّةً وثلاثينَ ، ويَبْقَى له ولهم أحَدٌ وعِشْرُونَ ، يَأْخُذُ ثُلُثَها سَبْعَةً ، والباقِى لهم ، فإنْ لم تَصِحَّ عليهم ، ضَرَبْتَهم أو وَفْقَهم فى سِتَّةٍ وثلاثينَ ، فما بَلَغ فمنه تَصِحُّ . فإنْ كانوا من الجِهَتَيْنِ لم يَبْقَ لولد الأبِ شىءٌ ، واستأثَرَ به وَلَدُ الأبَوَيْنِ دُونَهُمْ .

فصل : زوجةٌ وأختٌ وجدٌّ وجدَّةٌ ؛ فهى كالتى قبلَها فى فُرُوعِها ، إلَّا فى أنَّ للجدَّةِ السُّدُسَ مع الأُختِ الواحدةِ ، والأخِ الواحدِ . ومتى كانوا أكثرَ من واحدٍ ، كان حكمُ الجَدَّةِ والأُمِّ واحدًا . وإن لم يكُنْ معهم جَدَّةٌ ، فهى مِنْ أربعةٍ ؛ للزَّوجةِ الرُّبُعُ ، ويَبْقَى ثلاثةٌ ، للجَدِّ سَهْمَانِ ، وللأُختِ سَهْمٌ . فإنْ كانَ معها أختٌ أُخْرَى ، فالباقِى بينَهم على أربعةٍ ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةَ عَشَرَ . وإنْ كان مكانَهما أَخٌ ، صَحَّتْ مِن ثمانيةٍ ، فإنْ كان أخٌ وأُختٌ أَوْ ثَلاَثُ[3] أَخَواتٍ ، فالباقِى بينَهم على خَمْسَةٍ ، وتَصِحُّ مِن عِشرِينَ . وإنْ زادوا على هذا ، فأَعْطِه ثُلُثَ الباقِى سَهْمًا ، واقْسِمِ الباقِىَ على الباقِينَ ، فإنْ كانوا من الجِهَتَيْنِ ، فلا شىْءَ لولِدِ الأبِ ؛ لأنَّ الباقِىَ بعدَ نصيبِ الْجَدِّ لا يزيدُ على النِّصْفِ ، وهو أقلُّ فَرْضٍ لولِدِ الأبَوَيْنِ .

١٠٢٨ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا كَانَتْ أُمٌّ / وَأُخْتٌ وَجَدٌّ ؛ فللأُمِّ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِىَ فَبَيْنَ الجَدِّ وَالأُخْتِ عَلَى ثَلَاثَةِ أسْهُمٍ ؛ لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ**) ٦/١١٤و

وهذه المسألةُ تُسَمَّى الخَرْقاءُ ، إنَّما سُمِّيَتْ خَرْقاءَ لِكَثْرَةِ اختلافِ الصَّحابةِ فيها ، فكأنَّ الأقوالَ خَرَقَتْها . قيل فيها سَبْعَةُ أقوالٍ : قولُ الصِّدِّيقِ ومُوافِقيه ، للأُمِّ ثُلُثٌ ،

---

(٣) فى م : « وثلاث » .

والباقى للجَدِّ . وقولُ زَيْدٍ وموافِقِيه ، للأُمِّ الثُّلُثُ ، أَصْلُها من ثلاثةٍ ، ويَبْقَى سَهْمانِ بين الأُختِ والْجَدِّ ، على ثلاثةٍ ، وتصحُّ من تِسْعَةٍ . وقولُ عليٍّ ، للأُختِ النِّصفُ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ ، وللجَدِّ السُّدُسُ . وعن عمرَ وعبدِ الله ، للأُختِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ ثُلُثُ ما بَقِىَ ، وما بَقِىَ فللجَدِّ . وعنِ ابنِ مَسْعُودٍ : للأُمِّ السُّدُسُ ، والباقِى للجَدِّ ، وهو[1] مثلُ القَوْلِ الأوَّلِ فى المَغْنَى . وعن ابنِ مَسْعُودٍ أيضًا ، للأُختِ النِّصْفُ ، والباقِى بين الجدِّ والأُمِّ نِصْفان ، فتكونُ مِن أربعةٍ ، وهى إحْدَى مُرَبَّعاتِ ابنِ مَسْعُودٍ . وقال عثمانُ : المالُ بينهم أثلاثٌ ، لكلِّ واحدٍ منهم ثُلُثٌ . وهى مُثَلَّثةُ عثمانَ . وتُسَمَّى المُسَبَّعَةَ ، فيها سَبْعةُ أقوالٍ . والمُسَدَّسةُ ؛ لأنَّ معنى الأقوالِ يَرْجِعُ إلى سِتَّةٍ . وسأل الحجَّاجُ عنها الشَّعْبِىَّ ، فقال : اخْتَلَفَ فيها خمسةٌ من أصحابِ رسولِ الله ﷺ . وذكَرَ له عُثمانَ وعليًّا وابْنَ مَسْعُودٍ وزيدًا وابنَ عبَّاسٍ .

فصل : أُمٌّ أو جَدَّةٌ وأختانِ وجَدٌّ ، المُقاسمةُ خيرٌ للجَدِّ ، ويَبْقَى خَمْسَةٌ على أرْبعةٍ ، فتَصِحُّ من أربعةٍ وعِشْرينَ . أُمٌّ وأخٌ وأختٌ ، أو ثلاثُ أخواتٍ وَجَدٌّ ، تَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ . أُمٌّ وأخَوانِ ، أو أخٌ وأختانِ ، أو أربعُ أخواتٍ وَجَدٌّ ؛ ثُلُثُ الباقِى والمُقاسَمَةُ سواءٌ ، فإنْ زَادُوا عَلَى ذَلِكَ فُرِضَ للجَدِّ ثُلُثُ الباقِى ، وانْتَقلتِ المسألةُ إلى ثَمانِيةَ عَشَرَ ؛ للأُمِّ ثلاثةٌ ، وللجَدِّ خَمْسَةٌ ، يبقَى عَشَرةٌ للإخوةِ والأخواتِ ، فتُصَحَّحُ[2] المسألةُ عليهم ، فإنْ كان الإخوةُ والأخواتُ من الجِهَتَيْنِ ، فالباقِى كُلُّه لوَلَدِ الأبوَيْنِ ، إلَّا أنْ يكونَ ولدُ الأبَوَيْنِ أُختًا واحدةً ، فلها قَدْرُ فَرْضِها ، والباقِى لهم . أُمٌّ وأختٌ لأبوَيْنِ وأخٌ / وأختٌ لأبٍ ١١٤/٦ ظ وجَدٌّ ؛ للأُمِّ السُّدُسُ ، وللجَدِّ ثُلُثُ البَاقِى ، يَنْتَقِلُ إلى ثَمانِيةَ عَشْرَةَ ، فللأُمِّ ثلاثةٌ ، وللجَدِّ خَمْسَةٌ ، وللأُختِ للأبَوَيْنِ النِّصْفُ تِسْعَةٌ ، يَبْقَى سَهْمٌ على ثلاثةٍ ، فتَصِحُّ من أربعةٍ وخمسين ، وتُسَمَّى مُخْتَصَرَةَ زيدٍ ؛ لِأنَّه لو قاسم بالجَدِّ لانتقَلَتْ إلى سِتَّةٍ وثلاثين ،

---

(١) فى الأصل ، م : « وهى » .

(٢) فى ا ، م : « فصح » .

ثُمَّ يَبْقَى سَهْمانِ على ثَلاثَةٍ ، فتَصِحُّ من مائةٍ وثمانيةٍ ، ثُمَّ تَرجِعُ بالاخْتِصار إلى أرْبعةٍ وخمسين ، فلذلك سُمِّيَتِ الْمختَصَرَةَ . أُمٌّ وأختٌ لِأَبَوَيْنِ وأخَوَانِ وأختٌ لِأَبٍ وَجَدٌّ ، أصلُها من سِتَّةٍ ، ثمّ تَنْتَقِلُ إلى ثمانيةَ عَشرَ ، ويفضُلُ لولَدِ الأبِ سهمٌ على خمسةٍ ، تَضْرِبُها فى ثمانيةَ عَشَرَ ، تكُنْ تسعين ، وتُسَمَّى تِسْعِينِيَّةَ زيدٍ . وفى هذا الفصل كلِّه ؛ الْجدَّةُ كالأُمِّ ، لِأَنَّ لكلِّ واحدةٍ منهما السُّدُسَ .

١٠٢٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ بِنتٌ وَأُختٌ وَجَدٌّ ، فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ ، وَمَا بَقِيَ فَبَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ ، عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ، لِلْجَدِّ سَهْمَانِ ، وَلِلْأُخْتِ سَهْمٌ)

إنَّما كان كذلك ؛ لِأَنَّ الْمُقَاسَمَةَ هٰهُنا أَحظُّ لِلْجَدِّ . وقال عليٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لِلْبِنْتِ النِّصْفُ ، وللجَدِّ السُّدُسُ ، والباقى لِلْأُخْتِ . وعِنْد ابنِ مسعودٍ ، الباقى بعدَ فَرْضِ الْبِنْتِ بَيْنَ الْجَدِّ والْأُخْتِ نِصفَيْن ؛ لِأَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما لَوِ انفرَدَ أخَذَ المال بالتَّعصِيبِ ، فإذا اجْتَمَعَا اقْتَسَمَا ، كما لَوْ كان مَكَانَها أخٌ . فأمَّا عليٌّ فبَنَى عَلَى أصْلِهِ فى أَنَّ الْأخواتِ لا يُقَاسِمْنَ الْجَدَّ ، وإنَّما يُفْرَضُ لَهُنَّ ، فلم يَفْرِضْ لها هٰهُنا ؛ لِأَنَّ الْأُختَ مع البنتِ عَصَبَةٌ ، وأَعْطَى الْجدَّ السُّدُسَ ، كما لو انْفَرَدَ معها ، وجعَلَ لها الباقىَ . ولَنا ، أنَّ الْجدَّ يُقاسِمُ الْأُختَ ، فيأخُذُ مِثْلَها إذا كان معها أخٌ ، فكذلك إذا انْفَرَدَتْ . وهذه إحدى مُرَبَّعاتِ ابْنِ مسعودٍ .

فصل : بِنتٌ وأخٌ[1] وجَدٌّ ؛ الباقى بَعْد فَرْضِ الْبِنْتِ بينهما نِصفَيْنِ . وإنْ كان معه أُخْتُهُ ، فالباقى بينهم على خَمْسَةٍ . وإن كان أخَوَانِ ، أو أخٌ وأُخْتَانِ ، أو أَرْبَعُ أَخَواتٍ ، استَوَى ثُلُثُ الباقى والسُّدُسُ والمُقَاسَمَةُ ، فإنْ زادُوا فلا حَظَّ له فى المُقَاسَمَةِ ، ويأخُذُ السُّدُسَ ، والباقى لهم . فإنْ كانوا من الجِهَتَيْنِ فليس لِوَلَدِ الْأَبِ شَىْءٌ ، ويأخُذُ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ جميعَ الباقى . بِنتٌ وأُخْتَان وجَدٌّ ، الباقى بين الْجدِّ والْأُخْتَيْنِ على / أَرْبَعَةٍ ، وتَصِحُّ ‏‏ ٦/١١٥و

(١) فى ا : « وأخت » .

من ثمانيةٍ . فإنْ كُنَّ ثلاثَ أخَواتٍ ، فالباقِ بينهم على خَمْسَةٍ . فإنْ كُنَّ أكْثَرَ من أرْبَعٍ ، فلَهُ السُّدُسُ ، أو ثُلُثُ الباقِ ، والباقِ لَهُنَّ .

فصل : بِنْتَانِ ، أو أكْثَرُ ، أو بِنْتٌ وبِنْتُ[٢] ابنٍ وأُخْتٌ وجَدٌّ ، للبِنْتَيْنِ الثُّلُثانِ ، والباقِ بين الْجَدِّ والأُخْتِ على ثلاثة ، وتَصِحُّ من تِسْعَةٍ . وإن كان مَكَانَهَا أخٌ ، فالباقِ بينهما على اثْنَيْنِ ، وتَصِحُّ من سِتَّةٍ . وإنْ كان مَكَانَه أُخْتانِ ، صحَّت مِن اثْنَى عَشَرَ . ويَسْتَوِى فى هاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ السُّدُسُ والمُقَاسَمَةُ . فإنْ زادوا عن أخٍ أو عن أُخْتَيْنِ ، فَرَضْتَ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، وكان الباقِ لهم ، فإنْ كان معَهم أمٌّ أو جَدَّةٌ ، فلِلجَدِّ السُّدُسُ ، ولا شىءَ للإخْوَةِ والأَخَوَاتِ .

فصل : زَوْجٌ وأُخْتٌ وجَدٌّ ، للزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباقِ بينَهما على ثلاثةٍ . وعند علىٍّ وابنِ مسعُودٍ ، لِلأُخْتِ النِّصْفُ ، وللجَدِّ السُّدُسُ ، وعَالَتْ إلَى سَبْعَةٍ . وإنْ كان مع الأُخْتِ أُخْرَى ، فالباقِ بينهم على أرْبَعَةٍ . وعندَهما ، لهما الثُّلُثانِ ، وتَعُولُ إلى ثَمَانِيَةٍ . وإنْ كانَ مَكانَهُما أخٌ ، فالباقِ بينهما نِصْفـان . وإن كان أخٌ وأُخْتٌ ، أو ثَلاثُ أخَواتٍ ، قاسَمَهُمُ الْجَدُّ . وإن كان أخَوانِ ، أو مَنْ يَعْدِلُهمـا ، استَوَى السُّدُسُ وثُلُثُ الباقِ والمُقَاسَمَةُ . فإنْ زادوا ، فَرَضْتَ لَهُ السُّدُسَ ، والباقِ لهم . وإن كان زَوْجٌ وبِنْتٌ وأُخْتٌ[٣] وجَدٌّ ، فللزَّوْجِ الرُّبُعُ ، وللبِنْتِ النِّصْفُ ، والباقِ بينهما على ثلاثَـةٍ . ويَسْتَوِى السُّدُسُ هٰهُنا والمُقَاسَمَةُ . فإن زادوا على أُخْتٍ وَاحِدَةٍ ، فَرَضْتَ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، والباقِ لهم . وإنْ كان مع الزَّوْجِ ابْنَتَانِ ، أو بِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ ، أو بِنْتٌ وأمٌّ أو جَدَّةٌ ، سقَط[٤] الإخْوَةُ والأَخَوَاتُ ، وفَرَضْتَ لِلْجَدِّ السُّدُسَ ، وعالَتِ المَسْأَلَـةُ إلى ثلاثةَ عشَرَ .

---

(٢) سقط من : م .

(٣) سقطت الواو من : م .

(٤) فى م : « سقطت » .

فصل : زَوْجَةٌ وبِنْتٌ وأُخْتٌ وجَدٌّ ، الباقِي بين الْجَدِّ وَالأُخْتِ علَى ثلاثةٍ ، وتَصِحُّ من ثمانِيَةٍ . فإن كان مَكَانَ الأُخْتِ أَخٌ ، أو أُخْتَانِ ، فالباق بينهم . وتَصِحُّ مع الأَخِ من سِتَّةَ عَشَرَ ، ومع الأُخْتَيْنِ من اثْنَيْنِ وثلاثِيـنَ . وإن زادوا فَرَضْتَ[5] للجَـدِّ السُّدُسَ ، وانتقَلَتِ المَسْأَلَةُ إلى أربَعَةٍ وعشرين ، [6]ثم تُصَحِّحُ[6] على المُنْكَسِرِ عليهمْ /وإن كان مع الزَّوْجَةِ ابْنَتَانِ ، أو أكْثَرُ ، أو بِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ ، وبِنْتٌ وأُمٌّ ، أو جَدَّةٌ ، فَرَضْتَ للجَدِّ السُّدُسَ ، ويَبْقَى للإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ سَهْمٌ من أربَعَةٍ وعشرِينَ .

٦/١١٥ظ

(٥) فى الأصل ، ا : « فرض » .

(٦-٦) فى ا : « لم يصح » .

باب ذَوِى الأَرْحام

وهم الأقارِبُ الذين لا فَرْضَ لهم ولا تَعْصِيبَ ، وهم أحَدَ عَشَرَ حَيِّزًا ؛ وَلَدُ الْبَناتِ ، ووَلَدُ الْأَخواتِ ، وبناتُ الْإِخْوَةِ ، ووَلَدُ الْإِخْوَةِ من الْأُمِّ ، والعَمَّاتُ من جميع الجهاتِ ، والْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ ، والْأَخْوالُ ، والخالاتُ ، وبَناتُ الْأَعْمامِ ، والْجَدُّ أبو الْأُمِّ ، وكُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِأَبٍ بين أُمَّيْنِ ، أو بأَبٍ أَعْلَى مِن الْجَدِّ . فهؤلاءِ ، ومَنْ أَدْلَى بهم ، يُسَمَّوْنَ ذَوِى الْأَرْحامِ . وكان أبو عبدِ اللهِ يُوَرِّثُهم إذا لم يكُنْ ذُو فَرْضٍ ، وَلَا عَصَبَةٌ ، ولا أَحَدٌ من الوُرَّاثِ ، إِلَّا الزَّوْجَ ، والزَّوْجَةَ . رُوِىَ هذا القَوْلُ عَنْ عمرَ ، وعلىٍّ ، وعبدِ اللهِ ، وأبى عُبَيْدَةَ بنِ الجَرَّاحِ ، ومُعاذِ بن جَبَلٍ ، وأبى الدَّرْدَاءِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وعَلْقَمَةُ ، ومَسْرُوقٌ ، وأَهْلُ الكُوفَةِ . وكان زَيْدٌ لا يُوَرِّثُهم ، ويَجْعَلُ الباقِىَ لِبَيْتِ المالِ . وبه قال مَالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداوُدُ ، وابنُ جَرِيرٍ ؛ لِأَنَّ عطاءَ بن يَسارٍ رَوَى أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ رَكِبَ إلى قُبَاءَ يَسْتَخِيرُ اللهَ تعالى فى العَمَّةِ والْخَالَةِ ، فأُنْزِلَ عليه أَنْ لا مِيراثَ لهما . رَوَاه سعيدٌ ، فى « سُنَنِه »[1] ؛ لأنَّ العَمَّةَ ، وابْنَةَ الْأَخِ لا تَرِثانِ مع أَخَوَيْهِما ، فلا تَرِثان مُنْفَرِدَتَيْنِ ، كالْأَجْنَبِيَّاتِ . وذلك[2] لِأَنَّ انْضِمَامَ الْأَخِ إليهما يُؤَكِّدُهما ويُقَوِّيهما ، بدَلِيلِ أنَّ بناتِ الابنِ ، والْأَخَواتِ مِنَ الْأَبِ ، يُعَصِّبُهُنَّ أَخُوهُنَّ فيما بَقِىَ بعدَ مِيراثِ الْبَناتِ والْأَخَواتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ولا يَرِثْنَ مُنْفَرِداتٍ ، فإذا لم يَرِثْ هاتانِ مع أَخِيهِما ، فمع عَدَمِهِ أَوْلَى . ولِأَنَّ المَوَارِيثَ إنَّما تَثْبُتُ نَصًّا ، ولا نَصَّ فى

---

(١) فى : باب العمة والخالة . السنن ١ / ٧٠ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من لا يرث من ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢١٢ ، ٢١٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٩٨ . والحاكم ، فى : باب ميراث العمة والخالة ، من كتاب الفرائض . المستدرك ٤ / ٣٤٣ .

(٢) فى ا : « كذلك » . وفى م : « ولذلك » .

هؤلاءِ . ولَنا ، قَوْلُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُولُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ ٱللَّهِ ﴾[3] . أى أَحَقُّ بالتَّوارُثِ فى حُكْمِ اللهِ تعالى . قال أَهْلُ العِلْمِ : كان التَّوارُثُ فى ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ بالْحِلْفِ ، فكان الرَّجُلُ يقولُ / للرَّجُلِ : دَمِى دَمُكَ ، ومالِى مالُكَ ، تَنْصُرُنِى وأَنْصُرُكَ ، وتَرِثُنِى وأَرِثُكَ . فيَتَعاقَدانِ الْحِلْفَ بينهما على ذلك ، فيَتَوارَثانِ به دُونَ الْقَرَابَةِ ، وذلك قولُ اللهِ عزَّ وجَلَّ : ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾[4] . ثم نُسِخَ ذلك ، وصارَ التَّوارُثُ بالإِسلامِ والهِجْرَةِ ، فإذا كان له ولَدٌ ، ولم يُهاجِرْ ، ورِثَه الْمهاجِرونَ دونَهُ ، وذلك قولُه عزَّ وجلَّ : ﴿ وَٱلَّذِينَ آمَنُواْ وَلَمْ يُهَاجِرُواْ مَالَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَىْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْ ﴾[5] . ثم نُسِخَ ذلك بقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُولُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ ٱللَّهِ ﴾[3] . ورَوَى الإمامُ أحمدُ[6] ، بإسنادِهِ ، عن سَهْلِ بن حُنَيْف ، أنَّ رجلًا رمَى رجلًا بسَهْمٍ ، فقتلَه ، ولم يتْرُكْ إلَّا خالًا ، فكتَبَ فيه أبو عُبَيْدَةَ إلى عمرَ ، فكتبَ إليه عمرُ : إنِّى سمِعتُ رسولَ اللهِ ﷺ ، يقولُ : « الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ » . قالَ التِّرمِذِيُّ : هذا حديثٌ حسَنٌ . ورَوَى المِقْدادُ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قالَ : « الخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، يَعْقِلُ عَنْهُ ، وَيَرِثُهُ » . أخرجه أبو داوُدَ[7] . وفى لَفظٍ : « مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ ، يَعْقِلُ عَنْهُ ، وَيَفُكُّ عَانِيَهُ »[8] . فإن

١١٦/٦ و

---

(3) سورة الأنفال ٧٥ .

(4) سورة النساء ٣٣ .

(5) سورة الأنفال ٧٢ .

(6) فى : المسند ١ / ٢٨ ، ٤٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث الخال ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٤ ، ٢٥٥ . وابن ماجه ، فى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٤ .

(7) فى : باب فى ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الدية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففى بيت المال ، من كتاب الديات ، وفى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٧٩ ، ٩١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٣١ ، ١٣٣ .

(8) أخرجه أبو داود فى الباب السابق ، الموضع السابق . والبيهقى ، فى : باب من قال بتوريث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢١٤ .

قيلَ : المرادُ بِهِ أنَّ مَنْ ليس لهُ إلَّا خالٌ فلا وُرَّاث له ، كما يُقالُ : الجوعُ زادُ مَنْ لا زادَ لَهُ ، والماءُ طِيبُ مَنْ لا طِيبَ لَهُ ، والصبرُ حِيلةُ مَنْ لا حِيلَةَ لَهُ . أو أنّه أرادَ بالخالِ السُّلطانَ . قُلْنا : هذا فاسِدٌ ؛ لِوجوهٍ ثلاثةٍ ؛ أحدُها ، أنّه قال : « يَرِثُ مَالَهُ » ، وفى لفظٍ قال : « يَرِثُهُ » . والثانى ، أنَّ الصحابةَ فَهِموا ذلك ، فكتَبَ عمرُ بهذا جوابًا لأبى عُبَيْدَةَ حين سألَه عن ميراثِ الخالِ ، وهم أحَقُّ بالفَهْمِ والصوابِ مِنْ غيرِهم . الثالثُ ، أنّه سَمَّاهُ وارِثًا ، والأصْلُ الحقيقةُ . وقولُهم : إنَّ هذا يُستَعملُ للنَّفْيِ . قُلْنا : والإثْباتِ ، كقَوْلِهم : يا عِمادَ مَنْ لا عمادَ له . يا سَنَدَ مَنْ لا سَنَدَ له . يا ذُخْرَ مَنْ لا ذُخْرَ له . وقال سعيدٌ[9] : حدَّثَنا أبو شِهابٍ ، عن محمدِ بنِ إسحاقَ ، عن محمدِ بن يحيى بنِ حِبَّان ، عن عَمِّه واسِعِ ١١٦/٦ظ ابنِ حِبَّان ، قال : تُوُفِّىَ ثابتُ بن الدَّحْداحَةِ ، ولم يَدَعْ وارِثًا ولا عَصَبَةً / ، فرُفِعَ شأنُه إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فدفَعَ رسولُ اللهِ ﷺ مالَه إلى ابنِ أُختِهِ أبى لُبابَةَ بنِ عبد المُنْذرِ . ورواه أبو عُبَيْدٍ ، فى « الأمْوالِ »[10] ، إلَّا أنّه قال : ولم يُخلِّفْ إلَّا ابنةَ أخٍ له ، فقضَى النَّبِىُّ ﷺ بميراثِه لابنة أخيه . ولأنّه ذو قَرابَةٍ ، فيرِثُ ، كذَوِى الفُروضِ ؛ وذلك لأنّه ساوَى النَّاسَ فى الإسلامِ ، وزاد عليهم بالقَرابَةِ ، فكان أوْلَى بمالِه منهم ، ولهذا كانَ أحَقَّ فى الحياةِ بصَدَقَتِهِ وصِلَتِهِ ، وبعدَ الموتِ بوصيَّتِهِ ، فأشْبَهَ ذَوِى الفُروضِ والعَصَباتِ[11] المَحْجُوبِينَ ، إذا لم يكُنْ مَنْ يَحْجُبُهم . وحديثُهم مرسَلٌ . ثم يَحْتَمِلُ أنّه لا مِيراثَ لهما مع ذَوِى الفُروضِ والعَصَباتِ ؛ ولذلك سَمَّى الخالَ « وَارِثُ مَنْ لَا وارِثَ لَهُ » . أى لا يرِثُ إلَّا عند عَدَمِ الوارِثِ . وقولُهم : لا يرِثانِ مع أخيهما[12] . قُلْنا : لأنّهما أقوَى منهما . وقولُهم : إنَّ المِيراثَ إنّما ثبَتَ نصًّا . قُلْنا : قَدْ ذكَرْنا نُصوصًا . ثم التَّعْليلُ واجِبٌ مهما أمْكَنَ ،

---

(٩) فى : باب العمة والخالة . السنن ١ / ٧٠ ، ٧١ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٨١ . وعبد الرزاق ، فى : باب الخالة والعمة وميراث القرابة ، من كتاب الفرائض . المصنف ١٠ / ٢٨٤ ، ٢٨٥ .

(١٠) لم نجده فى المطبوع بين أيدينا .

(١١) فى النسخ : « والعصابات » .

(١٢) فى الأصل : « أخوهما » . وفى ا : « إخوتهما » . وفى م : « أخواتهما » . وتقدم فى أول الباب .

وقَدْ أُمكَنَ هـٰهُنا ، فلا يُصارُ إلى التَّعَبُّدِ الْمَحْضِ .

١٠٣٠ – مسألة ؛ قال : (ويُوَرَّثُ ذَوُو الْأَرْحامِ ، فيُجْعَلُ مَنْ لم يُسَمَّ لَهُ فَرِيضَةٌ عَلَى مَنْزِلَةِ مَنْ سُمِّيَتْ له ، ممَّنْ هُوَ نَحْوُه ، فيُجْعَلُ الخالُ بمَنْزِلَةِ الأُمِّ ، والعَمَّةُ بمَنْزِلَةِ الْأَبِ . وعَنْ أَبِي عَبْدِاللهِ ، رحِمَهُ اللهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّهُ جَعَلَها بِمَنْزِلَةِ الْعَمِّ . وَبِنْتُ الْأَخِ بمَنْزِلَةِ الأَخِ ، وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ لَمْ يُسَمَّ لَهُ فَرِيضَةٌ فَهُوَ عَلَى هذا النَّحْوِ)

مَذهبُ أبى عبدِ اللهِ فى توريثِ ذَوِى الأَرْحامِ مَذْهَبُ أهلِ التَّنزيلِ ، وهو أن يُنَزَّلَ كُلُّ واحِدٍ منهم مَنْزِلَةَ مَنْ يَمُتُّ به من الوَرَثَةِ ، فيُجْعَلَ له نصيبُهُ . فإنْ بَعُدوا نُزِّلوا درجةً درجةً إلَى أن يصِلُوا إلى[1] مَنْ يَمُتُّون به ، فيأخُذونَ مِيراثَه . فإن كان واحِدًا أخذَ المالَ كلَّه ، وإنْ كانوا جماعةً قَسَمْتَ المالَ بين مَنْ يمُتُّونَ به ، فما حصَلَ لكُلِّ وارثٍ جُعِلَ لمن يَمُتُّ به . فإن بَقِىَ من سِهامِ المسألَةِ شَىْءٌ ، رُدَّ عليهم على قَدْرِ سِهامِهم . وهذا قولُ عَلْقَمَـةَ ، ومسروقٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، / وحمَّادٍ ، ونُعَيْمٍ ، وشَرِيكٍ ، وابْنِ أبى لَيْلَـى ، والثَّوْرِىِّ ، وسائرِ من وَرَّثَهم غير أهلِ الْقَرابة . وقد رُوِىَ عن علىٍّ ، وعبدِ الله ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، أنَّهما نزَّلا بنتَ البنتِ منزِلَةَ البنتِ ، وبنتَ الأخِ منزِلَةَ الأخِ ، وبنتَ الأُخْتِ منزلَةَ الأُخْتِ ، والعمَّةَ منزلَةَ الأبِ ، والخالَةَ منزِلَةَ الأُمِّ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى العَمَّةِ والخالَةِ . وعن علىٍّ أيضًا ، أنَّه نزَّل العمَّةَ بمنزِلَةِ العَمِّ . ورُوِىَ ذلك عن عَلْقَمَةَ ، ومَسْرُوقٍ . وهى الرِّوايَةُ الثانيةُ عن أحمدَ . وعن الثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، أنَّهما نزَّلاها مَنْزِلَةَ الجَدِّ مع ولَدِ الإخوةِ والأخواتِ . ونزَّلها آخرونَ منزِلَةَ الجَدَّةِ . وإنَّما صار هذا الخِلافُ فى العَمَّةِ ؛ لأنَّها أدْلَتْ بأربَعِ جِهاتٍ وارِثَاتٍ ؛ فالأَبُ والعَمُّ أخَواها ، والجَدُّ والجَدَّةُ أبَواها . ونزَّلَ قومٌ الخالَةَ منزِلَةَ[2] جَدَّةٍ ؛ لأنَّ الجَدَّةَ أُمُّها . والصَّحيحُ من ذلك تنزيلُ العَمَّةِ أبًا ، والخالَةِ أُمًّا ، لوجوهٍ ثلاثةٍ ؛ أحدهـا ، ما رَوَى الزُّهْرِىُّ ، أنَّ

١١٧/٦ و

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، ا .

رسول الله ﷺ قال : «العَمَّةُ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ ، إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أَبٌ ، وَالْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ إذَا لم يكُنْ بَيْنَهُمَا أُمٌّ» . رواه الإمام أحمدُ[٣] . الثانى ، أنّه قولُ عمرَ ، وعلىٍّ ، وعبدِ الله ، فى الصَّحيحِ عنهم ، ولا مُخالِفَ لهم فى الصَّحابَةِ . الثالث ، أنَّ الأبَ أقْوَى جهاتِ العَمَّةِ ، والأُمَّ أقوَى جهاتِ الخالَةِ ، فتَعَيَّنَ تنزيلُهما بهما دُونَ غيرِهما ، كبنتِ الأخِ ، وبنتِ العَمِّ ، فإنَّهما يُنَزَّلانِ منزِلَةَ أبوَيْهما دون أخَوَيْهما . ولأنَّه إذا اجتمَعَ لهما قَراباتٌ ، ولم يُمكِنْ تَوْرِيثُهما بجَمِيعِهَا ، ورِثَتَا بأقْوَاهَا ، كالمجوسِ عند مَنْ لا[٤] يُوَرِّثُهم بجميعِ قَراباتِهم ، وكالأخِ من الأبوَيْنِ ، فإنَّا نُوَرِّثُه بالتَّعْصيبِ ، وهى جِهَةُ أبيهِ ، دون قَرابَةِ أُمِّهِ . فأمَّا أبو حنيفَةَ وأصحابُه ، فإنَّهم ورَّثُوهم على ترتيبِ العَصَباتِ ، فَجَعَلوا أوْلَاهم[٥] مَنْ كانَ مِنْ وَلَدِ المَيِّتِ وإنْ سَفَلوا ، ثمَّ ولَدِ أبَوَيْهِ أو أحَدِهما وإن سَفَلُوا ، ثمَّ وَلَدِ أبوَىْ أبوَيْهِ وإن سَفَلوا كذلك أبَدًا ، لا يرِثُ بنو أبٍ أعْلَى ، وهناك بنُو أبٍ أقْرَبُ منه ، وإن نَزَلَتْ درجَتُهم .

١١٧/٦ظ وعن أبى حنيفَةَ ، أنَّه / جعَلَ أبا الأُمِّ وإن عَلَا أوْلَى من ولَدِ البناتِ ، ويُسَمَّى مذهبُهم مَذْهَبَ أهْلِ القَرابَةِ . ولَنا ، أنَّهم فَرْعٌ فى الميراثِ على غيرِهم ، فوجَب إلحاقُهم بمَنْ هم فرعٌ له ، وقد ثبَت أنَّ ولَدَ المَيِّتِ من الإناثِ لا يُسقِطُ ولَدَ أبيه ، فأوْلَى أن لا يُسقِطَهم ولَدُهُ .

مسائل : من ذلك ؛ بنتُ بنتٍ وبنتُ بنتِ ابنٍ ، المالُ بينَهما على أربعةٍ . فإن كانَ معهما بنتُ أخٍ ، فالباقى لها ، وتصِحُّ من سِتَّةٍ . فإن كان معهما خالةٌ ، فلبنتِ البنتِ النِّصْفُ ، ولِبِنْتِ بنتِ الابنِ السُّدُسُ ، تَكْمِلةُ الثُّلُثَيْنِ ، وللخالَةِ السُّدُسُ ، والباقى لبنتِ الأخِ . فإن كان مكانَ الخالَةِ عمَّةٌ ، حجَبَتْ بنتَ الأخِ ، وأخذَتْ الباقىَ ؛ لأنَّ العمَّةَ كالأبِ ، فتُسْقِطُ مَنْ هو بمنزِلَةِ الأخِ[٦] ، ومَنْ نزَّلها عمًّا جعلَ الباقىَ لبنتِ الأخِ ، وأسقطَ

---

(٣) ليس فى المسند ، وانظر ما ذكره الألبانى ، فى : إرواء الغليل ٦ / ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٤) فى م : «لم» .

(٥) فى م : «أولادهم» .

(٦) فى الأصل ، ا : «أخ» .

العَمَّةَ ، ومَنْ نَزَّلَها جَدًّا قاسَم بنتَ الأخِ الثُّلُثَ الباقىَ بينهما نِصْفَيْنِ ، ومَنْ نَزَّلَها جَدَّةً جعلَ لها السُّدُسَ ، ولبنتِ الأخِ الباقىَ . وفى قولِ أهلِ القرابَةِ ، أنَّه لا تَرِثُ بنتُ الأخِ مع بنتِ البنتِ ، ولا مع بنتِ بنتِ الابنِ شيْئًا .

فصل : إذا انفردَ واحدٌ[7] من ذَوِى الأَرحامِ ، أخذَ المالَ كُلَّهُ ، فى قَوْلِ جميعِ مَنْ وَرَّثَهم . وإن كانوا جماعةً ، لم يَخْلُ ؛ إمَّا أن يُدْلُوا بشَخْصٍ واحِدٍ ، أو بجماعَةٍ ، فإن أَدْلَوْا بشَخْصٍ واحِدٍ ، وكانوا فى دَرَجَةٍ واحدةٍ ، فالمالُ بينَهُم على حَسَبِ مَوارِيثِهم منه . فإنْ أسْقَطَ بعضُهم بعضًا ، كأبِى الأمِّ ، والأخوالِ ، فأسْقِطِ الأخوالَ ؛ لأنَّ الأبَ يُسْقِطُ الإخوةَ والأخواتِ . فإن كان بعضُهم أقربَ من بعضٍ ، فالميراثُ لأقْرَبِهم ، كخالَةٍ ، وأُمِّ أبِى أُمٍّ ، أو ابنِ خالٍ ، فالمِيراثُ للخالَةِ ؛ لأنَّها تَلْقَى الأُمَّ بأوَّلِ درَجَةٍ . وهذا قولُ عامَّةِ المُنَزِّلِينَ ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن النَّخَعِىِّ ، وشَرِيكٍ ، ويحيى بنِ آدمَ ، فى قَرابَةِ الأُمِّ خاصَّةً ، أنَّهم أماتُوا الأُمَّ ، وجعَلوا نَصِيبَها لوَرَثَتِها . ويُسَمَّى قولُهم قولَ مَنْ أماتَ السَّبَبَ . واستعمَلَه بعضُ الفَرَضِيِّينَ فى جميعِ ذَوِى الأَرحامِ . فعلى قولِهم ، يكونُ للخالَةِ نِصْفُ ميراثِ الأُمِّ ؛ لأنَّها أُختٌ ، ولأُمِّ أبِى الأُمِّ السُّدُسُ ؛ لأنَّها جَدَّةٌ ، والباقى لابنِ الخالِ ؛ لأنَّه ابنُ أخٍ . ولَنا ، أنَّ / الميراثَ من الميِّتِ ، لا مِنْ سَبَبِه ؛ ولذلك ورَّثْنا أُمَّ أُمِّ الأُمِّ[8] ، دونَ ابنِ عمِّ الأُمِّ ، بغيرِ خلافٍ أيضًا فى أبِى أُمِّ أُمٍّ ، وابنِ عمِّ أبِى أُمٍّ ، أنَّ المالَ للجدِّ ؛ لأنَّه أقْرَبُ . ولو كانت الأُمُّ الميِّتَةَ ، كان وارِثُها ابنَ عمِّ أبِيها ، دونَ أبِى[9] أُمِّها . خالَةٌ وأُمُّ أبِى أُمٍّ وعمُّ أُمٍّ ، المالُ للخالَةِ ، وعِندَهم للخالَةِ النِّصفُ ، وللجَدَّةِ السُّدُسُ ، والباقِى لِلعَمِّ . فإن لم يَكُنْ فيها عَمُّ أُمٍّ ، فالمالُ بين الخالَةِ وأُمِّ أبِى الأُمِّ على أربعَةٍ . فإنْ لم يَكُنْ فيها جَدَّةٌ ، فالمالُ بين الخالَةِ وعَمِّها نِصفَيْنِ . ابنُ خالَةٍ وابنُ عَمِّ أُمٍّ ، المالُ لابنِ الخالَةِ . وعندَهم لابنِ عَمِّ الأُمِّ . فأمَّا إنْ أَدْلَى جماعةٌ بجماعَةٍ ، جعَلْتَ المالَ للمُدْلَى بهم ،

١١٨/٦و

---

(٧) فى م : « أحد » .

(٨) فى م : « لأم » .

(٩) سقط من : ا .

كأنَّهم أحياءٌ ، فقسَّمْتَ المالَ بينهم على ما تُوجِبُهُ الفَرِيضَةُ ، فما صارَ لِكُلِّ واحِدٍ[10] منهم[11] ، فهو لِمَنْ أَدْلَى بِهِ ، إذا لم يَسْبِقْ بعضُهُم بعْضًا ، فإن سَبَقَ بَعْضُهم بَعْضًا ، وكانوا من جِهَةٍ واحِدَةٍ ، فالسَّابِقُ إلى الوارِثِ أَوْلَى . وإن كانوا مِنْ جِهَتَيْنِ ، نُزِّلَ البعيدُ حتى يَلْحَقَ بمَنْ أَدْلَى به ، فيأْخُذُ نصيبَه ، سواءٌ سقطَ به القريبُ أو لم يَسْقُطْ . هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ رضى الله عنه . ونَقَلَ عنهُ جماعَةٌ من أصحابِهِ فى خالَةٍ وبنتِ ابنِ عمٍّ ، للخالَةِ الثُّلُثُ ، ولابنَةِ ابنِ العَمِّ الثُّلُثانِ ، ولا تُعْطَى بِنْتُ الخالَةِ شيْئًا . ونقلَ حنبلٌ عنه ، أنَّه قال : قال سُفْيانُ قولًا حَسَنًا : إذا كانَتْ خالَةٌ وبنتُ ابنِ العَمِّ ، تُعْطَى الخالَةُ الثُّلُثَ ، وتُعْطَى بنتُ ابن العَمِّ الثُّلُثَيْنِ . وظاهِرُ هذا يدُلُّ علَى ما قُلْناهُ . وهو قولُ الثَّوْرِيِّ ، ومحمدِ بنِ سالِمٍ[12] ، والحَسَنِ بنِ صالحٍ . وقالَ ضِرار بنُ صُرَد[13] : إن كانَ البَعيدُ إذا نُزِّلَ أَسْقَطَ القَرِيبَ ، فالقَرِيبُ أَوْلَى ، وإن لم يَكُنْ يُسْقِطُهُ نُزِّلَ البعيدُ حتَّى يَلْحَقَ بالوارِثِ . وقالَ سائرُ المُنَزِّلِينَ : الأَسْبَقُ إلى الوارِثِ أَوْلَى بكُلِّ حالٍ . ولم يخْتَلِفوا فيما علِمتُ فى تقديمِ الأَسْبَقِ ، إذا كانَ من جِهَةٍ واحِدَةٍ ، إلَّا نُعَيْمًا ، ومحمدَ بنَ سالِمٍ ، فإنَّهما قالا فى عَمَّةٍ وبنتِ عَمَّةٍ : المالُ بينهما نِصْفَيْنِ . ولم أعلَمْ أحَدًا من أصحابنا ، ولا من غيرِهم ، عَدَّ / الجهاتِ ، وبيَّنها ، إلَّا أبا الخطَّابِ ، فإنَّه عدَّها خمسَ جهاتٍ ، الأُبوَّة ، والأُمومَةَ ، والبُنُوَّةَ ، والأُخُوَّةَ ، والعُمومَةَ . وهذا يُفْضِى إلى أنَّ بِنْتَ[14] العَمِّ من الأُمِّ ، أو بِنْتَ العَمَّةِ من الأُمِّ ، مُسْقِطَةٌ لبنتِ العَمِّ من الأبَوَيْنِ ، ولا أَعْلَمُ أحَدًا قال به . وقد ذَكَرَ الخِرَقِىُّ هذا فى ثلاثِ بناتِ عُمومَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، أنَّ المالَ لِبِنتِ العَمِّ من الأبَوَيْنِ . وبَيانُ

١١٨/٦ظ

---

(١٠) فى ا : « وارث » .

(١١) سقط من : الأصل ، ا .

(١٢) محمد بن سالم الهمدانى الكوفى الفرضى ، روى عن عطاء والشعبى ، وروى عنه الثورى والحسن بن صالح . تهذيب التهذيب ٩ / ١٧٦ .

(١٣) ضرار بن صرد ، كوفى ينسب إلى التشيع ، وكان فقيها عالما بالفرائض ، روى عن ابن عيينة وغيره ، وعنه البخارى . تهذيب التهذيب ٤ / ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

(١٤) فى م : « ابنة » .

إفْضائِهِ إلَى ذلك ، أنَّ بنتَ العَمِّ مِنَ الأُمِّ أبُوها يُدْلِي بالأَبِ ، وبنتَ العَمِّ من الأَبَوَيْنِ تُدْلِي بأَبِيها ، والأَبُ يُسْقِطُ العَمَّ ، وكذلك بنتُ العمَّةِ من جِهَةِ الأَبِ ، وبنتُ العَمِّ من جِهَةِ العَمِّ . فالصَّوابُ إذًا أنْ تكونَ الجهاتُ أربَعًا ؛ الأُبُوَّةَ ، والبُنُوَّةَ ، والأُخُوَّةَ ، والأُمُومَةَ .

مسائل من[١٥] هذا الباب : بنتُ بنتِ بنتٍ وبنتُ بنتِ بنتِ بنتٍ وبنتُ أخٍ ، المالُ بَيْنَ الأُولَى والثالثةِ ، وسَقَطَتِ الثانيةُ ، إلَّا عند محمدِ بنِ سالِمٍ ، ونُعَيْمٍ ، فإنَّها تُشارِكُهما[١٦] . ومَنْ ورَّثَ الأقربَ ، جعَلَه لبنتِ الأخِ ؛ لأنَّها أسبَقُ ، وقولُ أهلِ القَرابَةِ هو للأُولَى وحدَها ؛ لأنَّها من ولَدِ المَيِّتِ ، وهي أقْرَبُ من الثانيَةِ . ابنُ خالٍ وبنتُ عمٍّ ، ثُلُثٌ ، وثُلُثانِ . ومَنْ ورَّثَ الأسْبَقَ جعلَهُ لبنتِ العَمِّ ، وإن كانَ معهما[١٧] بنتُ عَمَّةٍ فلا شيءَ لها ؛ لأنَّ بنتَ العَمِّ أسْبَقُ إلى الوارِثِ منهما ، وهما من جِهَةٍ واحِدَةٍ . وإن كانَ معَهم عَمَّةٌ ، سقَطَتْ بنتُ العَمِّ ؛ لأنَّ العَمَّةَ بمنزِلَةِ الأبِ ، وبنتَ العَمِّ بمنزِلَةِ العَمِّ . بنتُ بنتِ بنتٍ وبنتُ بنتِ ابنٍ ، المالُ لبنتِ بنتِ الابنِ عند الجميعِ ، إلَّا عندَ ابنِ سالمٍ ، ونُعَيْمٍ . بنتُ بنتِ بنتٍ وابنُ أخٍ من أُمٍّ ، المالُ للأُولَى ، ومَنْ ورَّثَ الأقْرَبَ جعلَه لابنِ الأخِ ، وهو قولُ ضِرارٍ ؛ لأنَّ البعيدَ إذا نُزِّلَ أسْقَطَ القريبَ . بنتُ بنتٍ وبنتُ بنتِ ابنٍ ، المالُ بينهما على أربَعَةٍ عندَ جميعِ المُنَزِّلِينَ ، وعندَ أهلِ القَرابَةِ ، هو لبنتِ البنتِ ؛ لأنَّها أقْرَبُ . ابنُ بنتِ بنتٍ وبنتُ أخٍ ، هو بينهما ، ومَنْ ورَّثَ الأقربَ جعلَهُ لبنتِ الأخِ ، وعندَ أهلِ القَرابَةِ هو لابنِ بنتِ البنتِ . ابنُ بنتٍ وابنُ ابنِ ابنِ أُختٍ لأبَوينِ ؛ المالُ بينهما ، وعندَ مَنْ ورَّثَ الأقْرَبَ ، وأهلِ / القَرابَةِ ، هو للأوَّلِ . بنتُ أخٍ وبنتُ عَمٍّ ، أو بنتُ عَمَّةٍ ، المالُ لبنتِ الأخِ . وقياسُ قولِ أحمدَ ، رضِيَ اللهُ عنه ، في توريثِ البَعيدِ مِنَ القريبِ إن كانَ من جِهَتَيْنِ ؛ أن يَكونَ لبنتِ العَمِّ ، والعَمَّةِ ؛ لأنَّهما من جِهَةِ الأبِ ، وذلك قولُ ضِرارٍ

١١٩/٦و

---

(١٥) في م : « في » .

(١٦) في م : « تشاركها » .

(١٧) في م : « معها » .

أيضًا . ابنُ أختٍ وابن عَمٍّ لأُمٍّ ، المالُ بينهما ، وَمَنْ ورَّثَ الأقربَ جعلَهُ لابْنِ الأُخْتِ ، وهو قولُ أَهْلِ القَرابَةِ أيضًا ؛ لأنَّها مِنْ وَلَدِ أَبَوَى المَيِّتِ ، وابنُ العَمِّ للأُمِّ من وَلَدِ أَبَوَى أَبَوَيْهِ . بنتُ عَمٍّ وبنتُ عَمٍّ أَبٍ ؛ هو للأُولَى عندَ الجَميعِ ، إلَّا عندَ ابنِ سالِمٍ ، ونُعَيْمٍ . بنتُ بنتِ بنتٍ ، وأمُّ أبى[١٨] أمٍّ ؛ المالُ بينهما على أربعَةٍ . بنتُ بنتِ بنتٍ وأبو أُمِّ أَبٍ ، مثلُها عندَنا ، وعندَ مَنْ ورَّثَ الأقرَبَ جعلَهُ للثَّانى . بنتُ بنتِ بنتِ ابنٍ وعَمَّةٌ ، أو خالَةٌ ، للأُولَى النِّصْفُ فى الأُولَى ، ومع الخالَةِ لَها ثلاثَةُ أرْباعِ المالِ ، وعندَ مَنْ وَرَّثَ الأَقْرَبَ ؛ الكُلُّ للعَمَّةِ ، أو للخالَةِ[١٩] . ويَحْتَمِلُ أن تَكونَ الجِهاتُ ثلاثًا ؛ الأُبُوَّةَ ، والبُنُوَّةَ ، والأُمُومَةَ ؛ لأنَّ جَعْلَ العُمومةِ[٢٠] جِهَةً خامِسَةً يُفْضِى إلى إسقاطِ بنتِ العَمِّ بِبِنْتِ العَمَّةِ ، كما ذَكَرْنا . وإن جَعَلْنا الأُخُوَّةَ جِهَةً رابِعَةً ، مع نَفْيِ جِهَةِ العُمومَةِ ، أفضَى إلى إسقاطِ وَلَدِ الإخوَةِ والأخواتِ ببناتِ الأعمامِ والعمَّاتِ . وإذا جَعَلْنا جميعَهم جهةً واحِدَةً ، وورَّثْنا أسبقَهم إلى الوارِثِ ، كانَ أَوْلَى . واللهُ أعلمُ .

١٠٣١ ـ مسألة؛ قال: (وَإِذَا كَانَ وَارِثٌ غَيْرَ الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ، أو مَوْلَى نِعْمَةٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بالمالِ من ذَوِى الأرْحامِ)

فى هذه المسأَلَةِ فُصولٌ ثلاثَةٌ :

أحدها : أنَّ الرَّدَّ يُقدَّمُ علَى ميراثِ ذَوى الأرحامِ ، فمتَى خَلَّفَ المَيِّتُ عَصَبَةً ، أو ذا فَرْضٍ من أقارِبِهِ ، أَخَذَ المالَ كُلَّه ، ولا شَىْءَ لِذَوِى الأَرْحامِ . وهذا قولُ عامَّةِ مَنْ ورَّثَ ذَوى الأرحامِ . وقال الْخَبْرِىُّ : لم يختلِفوا أنَّ الرَّدَّ أَوْلَى منهم ، إلَّا ما رُوِىَ عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، أنَّهما وَرَّثا الخالَ مع / البِنْتِ ، فَيَحْتَمِلُ أنَّهما ورَّثاهُ لِكَوْنِهِ عَصَبَةً ، أَوْ مَوْلًى ؛ لِئَلَّا يُخالِفَ الإجماعَ ، وقولَ النَّبِىِّ ﷺ : « الخَالُ وَارِثُ مَنْ

١١٩/٦ظ

---

(١٨) فى الأصل ، م : « أب » .

(١٩) فى م : « وللخالة » .

(٢٠) فى م : « الأمومة » .

لَا وَارِثَ لَهُ »[1] . ومن مسائل هذا الفصل ؛ أَبُو أُمٍّ وجَدَّةٌ ؛ المالُ للجَدَّةِ . بنتُ ابنٍ وبنتُ بنتِ ابنِ ابنِ أَخٍ[2] ، وابنُ أختٍ عَمٌّ وعمةٌ ، ثلاثةُ بَنِى إِخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ؛ لا شَىْءَ لِذِى الرَّحِمِ فى جَمِيعِ ذلك .

الفصل الثانى : أَنَّ المَوْلَى المُعْتِقَ وعَصَبَاتِهِ أَحَقُّ من ذَوِى الأَرحامِ . وهو قولُ عامَّةِ مَنْ ورَّثهم من الصَّحابَةِ وغيرِهم ، وقولُ مَنْ لا يرَى توريثَهم أيضًا . ورُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ تقديمُهُم على المَوْلَى ، وبِهِ قالَ ابنُهُ أبو عُبَيْدَةَ ، وعبيدُ اللهِ بنُ عبدِ اللهِ بنِ عُتْبَةَ ، وعَلْقَمَةُ ، والأَسودُ ، وعَبِيدَةُ ، ومسروقٌ ، وجابِرُ بنُ زيدٍ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والقاسِمُ بنُ عبدِ الرَّحمنِ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، ومَيْمُونُ بن مِهْرانَ . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لقولِهِ عليه السلام : « الخالُ وارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ » . والمَوْلَى وارِثٌ . ولِأَنَّ المَوْلَى يَعْقِلُ ، ويَنْصُرُ ، فأَشْبَهَ العَصَبَةَ من النَّسَبِ .

الفصل الثالث : فى تَوْرِيثِهِم مع الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ . لا أَعْلَمُ خِلافًا بينَ مَنْ ورَّثَهم أَنَّهم يرِثونَ معَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ما فَضَلَ عن ميراثِهِ ، من غيرِ حَجْبٍ له ، ولا مُعاوَلَةٍ ، واختُلِفَ فى كيفيَّةِ تَوريثِهم معه ، فرُوِىَ عن إمامِنَا أَنَّهم يَرِثونَ ما فَضَلَ كما يَرِثُون المالَ إذا انفَرَدوا . وهذا قولُ أبى عُبَيْدٍ ، ومحمدِ بنِ الحسَنِ ، واللُّؤْلُؤِىِّ ، وعامَّةِ مَنْ ورَّثَهم . وقال يحيى بنُ آدَمَ ، وضِرارٌ : يُقَسَّمُ المالُ الباقى بينَهم علَى قَدْرِ سِهامِ مَنْ يُدْلُون بِهِ مع أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، علَى الحَجْبِ والعَوْلِ ، ثم نَفرِضُ للزَّوجِ فرضَه كامِلًا ، من غَيْرِ حَجْبٍ ولا عَوْلٍ ، ثم يُقَسَّمُ الباقى بينَهم على قَدْرِ سِهامِهِم . فإنَّما يقَعُ الخِلافُ فى مسأَلةٍ فيها مَن يُدْلِى بِذِى فَرْضٍ ، ومَنْ يُدْلِى بعَصَبَةٍ ، فأَمَّا إن أَدْلَى جميعُهم بذِى فَرْضٍ ، أو عَصَبَةٍ ، فلا خِلافَ فيه . ومن مسائِلِ ذلِكَ ؛ زَوْجٌ وبنتُ بنتٍ وبنتُ أختٍ ، أو ابنُ أختٍ ، أو أَوْلادُ

---

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٣ .

(2) فى م : « ابن » .

٦/١٢٠و أختٍ ، أو بنتُ أخٍ / ، أو بناتُ أخٍ ؛ فللزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباقى بينَ بنتِ البنتِ ومَنْ مَعَها نِصْفَيْنِ . وقال يحيى ، وضِرَارٌ : المسألَةُ من أربَعَةٍ ؛ للزَّوْجِ الرُّبُعُ ، وللبنتِ النِّصْفُ ، سَهْمانِ ، يَبْقَى سَهْمٌ لِمَنْ مَعَها ، ثم يُفْرَضُ للزَّوْجِ النِّصْفُ ، والنِّصْفُ الآخَرُ بينَهم على ثَلاثَةٍ ؛ لبنْتِ البِنْتِ سَهْمانِ ، ولِمَنْ مَعَها سَهْمٌ . فإن كانَ مكانَ الزَّوْجِ زَوْجَةٌ ، فُرِضَتِ المَسْأَلَةُ مِنْ ثمانِيَةٍ ؛ لِلمَرْأَةِ سهمٌ ، وللبنتِ أربَعَةٌ ، ويبقَى ثلاثَةٌ لِمَنْ بَقِىَ ، ثم يُفْرَضُ للمَرْأَةِ الرُّبُعُ ، ويُقَسَّمُ الباقِى بينهم على سَبْعَةٍ ، تضربُها فى أربَعَةٍ ، تَكُنْ ثمانِيَةً وعِشْرِينَ ، ومنها تَصِحُّ ، لِلمَرْأَةِ الرُّبُعُ سَبْعَةٌ ، ولِبنتِ البنتِ أربَعَةُ أسْباعِ الباقى اثْنا عَشَرَ ، ويَبْقَى تِسْعَةٌ لِمَنْ مَعَها . زَوْجٌ وبنتُ بنتٍ وخالَةٌ وبنتُ عَمٍّ ، للزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباقى بَيْنَ ذَوِى الأَرْحامِ على سِتَّةٍ ؛ لِبنْتِ البنتِ ثلاثَةٌ ، وللخالَةِ سَهْمٌ ، ويَبْقَى لبنتِ العَمِّ سَهمان ، وتَصِحُّ من اثْنَىْ عَشَرَ سَهْمًا . وفى قَوْلِ يحيى وضِرَارٍ ؛ تُفْرَضُ المسألَةُ من اثْنَىْ عَشَرَ ؛ للزَّوْجِ ثَلاثَةٌ ، وللبنتِ سِتَّةٌ ، وللأُمِّ سَهمانِ ، ويَبْقَى لِلْعَمِّ سَهْمٌ ، ثم يُعطَى الزَّوجُ النِّصْفَ ، وتُجْمَعُ سِهامُ الباقِينَ ، وهِىَ تِسْعَةٌ ، فيُقَسَّمُ النِّصْفُ الباقى على تِسْعَةٍ ، فلا تَصِحُّ ، فتَضْرِبُها فى اثنَيْنِ ، تَكُنْ ثمانِيَةَ عَشَرَ . وإنْ كانَ مكانَ الزَّوْجِ امرَأَةٌ ، فعَلَى قَوْلِ الجُمهورِ ؛ لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ ، والباقى بَيْنَ ذَوِى الأَرْحامِ على سِتَّةٍ . وهى توافِقُ باقِىَ مسألَةِ الزَّوْجَةِ بالأَثْلاثِ ، فرُدَّها[٣] إلى اثْنَيْنِ ، وتَضْرِبُها فى أربَعَةٍ ، تَكُنْ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، للمَرْأَةِ سَهْمانِ ، ولِبنتِ البنتِ نِصْفُ الباقى ثَلاثَةٌ ، وللخالَةِ سَهْمٌ ، ولبنتِ العَمِّ سهمانِ . وعَلَى قولِ يحيى ، تَفْرِضُها من أربعةٍ وعشرينَ ؛ لذَوِى الأَرْحامِ منها أَحَدٌ وعِشْرونَ ، ثمَّ تفرضُ للمَرْأَةِ الرُّبُعَ من أربعةٍ ، لها سَهْمٌ ، ولهم ثَلاثَةٌ ، توافِقُ سِهامُهم بالثُّلُثِ ، فتَضْرِبُ ثُلُثَها فى أربَعَةٍ ، تَكُنْ ثمانِيَةً وعِشْرِينَ ، ومنها تَصِحُّ . امرَأَةٌ ، وثلاثُ بَناتٍ ، ثلاثَةُ إخْوَةٍ مُفْتَرِقِينَ[٤] . امرَأَةٌ ، وبنتُ بنتٍ ، (٥وثلاثُ إخوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، امرأةٌ ، وبنتُ بنتٍ٥) ، وثلاثُ خالاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، وثلاثُ عمَّاتٍ مُفْتَرِقاتٍ[٦] .

---

(٣) فى الأصل ، ا : « فيردها » .

(٤) فى م : « متفرقين » .

(٥-٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى م : « متفرقات » .

فصل : ولا يَعُول من مسائِلِ ذَوِى الأَرْحامِ إلّا مسأَلَةٌ واحِدَةٌ ، وشِبْهُها ، / وهى ، ٦/١٢٠ ظ
خالَةٌ ، أو غيرُها ممَّنْ يقومُ مَقام الأمِّ أو الجَدَّةِ ، وسِتُّ بنـاتٍ ، سِتُّ أخـواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، أو مَنْ يقومُ مَقامَهُنَّ ممَّن يَأْخُذُ المالَ بالفُروضِ[٧] ، فإنَّ للخالَةِ السُّدُسَ ، ولِوَلَدِ الأمِّ الثُّلُثَ ، ولِبناتِ الأُخْتَيْنِ مِنَ الأَبَوَيْنِ الثُّلُثانِ ، أصلُها من سِتَّةٍ ، وعالَتْ إلى سَبْعَةٍ .

١٠٣٢ – مسألة ؛ قال : (ويُوَرَّثُ الذُّكُورُ والإناثُ مِنْ ذَوِى الأَرْحـامِ بالسَّوِيَّةِ ، إذَا كانَ أَبُوهُمْ وَاحِدًا ، وأُمُّهُمْ واحِدَةً ، إلا الخالَ ، والخالَةَ ، فلِلخالِ الثُّلُثانِ ، ولِلخالَةِ الثُّلُثُ)

اختلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى تَوْرِيثِ الذُّكُورِ والإناثِ مِنْ ذَوِى الأَرْحامِ ، إذا كانُوا مِنْ أَبٍ واحِدٍ وأُمٍّ واحِدَةٍ ، فنَقَلَ الأَثْرَمُ ، وحَنْبَلٌ ، وإبراهيمُ بنُ الحارِثِ ، فى الخالِ ، والخالَةِ : يُعْطَوْنَ بالسَّوِيَّةِ . فظاهِرُ هذا التسوِيَةُ فى جَميعِ ذَوِى الأَرْحامِ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ أبى عُبَيْدٍ ، وإسحاقَ ، ونُعَيْمِ بن حمَّادٍ ؛ لأنَّهم يَرِثُونَ بالرَّحِمِ المُجَرَّدِ ، فاستَوَى ذَكَرُهُم وأُنثاهُم ، كوَلَدِ الأمِّ . ونقَلَ يعقُوبُ ابن بَخْتان : إذا تَرَكَ وَلَدَ خالِهِ . وخالَتِهِ ، اجْعَلْهُ بمَنْزِلَةِ الأخِ والأُختِ ، للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وكذلك وَلَدُ العَمِّ والعَمَّةِ . ونقَل عنه المَرُّوذِىُّ ، فى مَن تركَ خالَهُ وخالَتَهُ : للخالِ الثُّلُثانِ ، وللخالَةِ الثُّلُثُ ، فظاهِرُ هذا التفضيلُ ، وهو قولُ أهلِ العِراقِ ، وعامَّةِ المُنَزِّلِينَ ؛ لأنَّ ميراثَهُمْ مُعْتَبَرٌ بغيرِهم ، فلا يجوزُ حملُهم على ذَوِى الفُروضِ ؛ لأنَّهم يأخُذونَ المالَ كُلَّه ، ولا عَلَى العَصَبَةِ البعيدِ ؛ لأنَّ ذَكَرَهم ينفرِدُ بالميراثِ دون الإناثِ ، فوجَبَ اعتبارُهم بالقُرْبِ[١] من العَصَباتِ ، والإخوةِ والأَخواتِ . ويُجابُ عن هذا بأنَّهم مُعْتَبرونَ بوَلَدِ الأمِّ ، وإنَّما يأخُذونَ كُلَّ المالِ بالفَرْضِ والرَّدِّ ، واتفَقَ الجَميعُ على التسوِيَةِ بينَ وَلَدِ الأمِّ ؛ لأنَّ آباءَهم

---

(٧) فى الأصل : « بالفرض » .

(١) فى ا : « بالقريب » .

يَسْتَوِى ذَكَرُهم وأُنثاهم ، إلَّا فى قِياسِ قولِ مَنْ أماتَ السَّبَبَ ، فإنَّ للذكَرِ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ . والذى نَقَلَ الخِرَقِىُّ ؛ التَّسْوِيَةَ بين الجميعِ ، إلَّا فى الخالِ والخالَةِ . ولم أعلَمْ له مُوافِقًا على هذا القَوْلِ ، ولا عَلِمْتُ وَجْهَهُ . وأمَّا قوله : « إذَا كَانَ أَبُوهُمْ وَاحِدًا ، / وأُمُّهُمْ وَاحِدَةً » . فلأنَّ الخلافَ إنَّما هُوَ فى ذَكَرٍ وأُنْثَى ، أبُوهما وأُمُّهما واحِدٌ ، فأمَّا إذا اختلَفَ آباؤُهم وأُمَّهاتُهم ، كالأَخْوالِ والخالاتِ المُفْتَرِقِين[2] ، والعمَّاتِ المفترِقاتِ ، أو إذا أدْلَى كُلُّ واحِدٍ منهم بغَيْرِ مَنْ أَدْلَى به الآخَرُ ، كابنِ بنتٍ وبنتِ بنتٍ أخرى ، فلذلك مَوْضِعٌ آخَرُ يُذْكَرُ فيه غيرُ هذا ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

١٢١/٦ و

ومِنْ مَسائِلِ ذَلِكَ ؛ ابنُ أُخْتٍ مَعَهُ أُخْتُهُ ، أو ابنُ بِنْتٍ مَعهُ أُخْتُهُ ، المالُ بينهما نِصْفانِ عندَ مَنْ سَوَّى ، وعِنْدَ أَهْلِ القَرابةِ ، وسائِرِ المُنَزِّلِينَ ، المالُ بَيْنَهُمَا على ثَلاثَةٍ . [3]ابْنَا وابْنَتا[3] أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وثلاثةُ بنينَ وثَلاثُ بَناتِ أُخْتٍ لِأَبٍ وأَرْبعةُ بنى[4] وأَرْبَعُ[5] بَناتِ أُخْتٍ لِأُمٍّ، أَصْلُ المسألةِ مِنْ خَمْسَةٍ؛ للأُخْتِ مِن الأَبوَيْنِ ثَلاثةٌ بَيْنَ وَلَدِها عَلَى أَرْبَعةٍ ، وَلِلأُخْتِ مِنَ الأَبِ سَهْمٌ بَيْنَ وَلَدِهَا عَلَى سِتَةٍ ، وَلِلأُخْتِ مِنَ الأُمِّ سَهْمٌ بَيْنَ وَلَدِها عَلى ثَمانيةٍ ، وَالأَرْبَعةُ دَاخِلَةٌ فِيها ، والسِّتَّةُ تُوافِقُهَا بِالنِّصْفِ ، فَتَضْرِبُ نِصْفَها فِى ثَمانيةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، ثم فِى خَمْسَةٍ تَكُنْ مائةً[6] وَعِشْرِينَ ، وَمَنْ فَضَّلَ أَبْقَى وَلَدَ الأُمِّ بِحالِهِمْ ، وَجَعَلَ وَلَدَ الأُخْتِ مِنَ الأَبوَيْنِ سِتَةً ، تُوافِقُهم سِهَامُهمْ بِالثُّلُثِ ، فَيَرْجِعُونَ إلى اثْنَيْنِ ، فيَدْخُلانِ فِى الثَّمانيةِ ، وَوَلَدُ الأُخْتِ مِنَ الأَبِ تِسْعَةٌ ، تَضْرِبُها فى ثَمانيةٍ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، ثم فى خَمسةٍ ، تَكُنْ ثلاثَمائةٍ وسِتِّينَ . وإنْ كَانوا أَوْلَادَ عَمَّاتٍ أَو خَالَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فكَذَلِكَ . وإنْ كَانوا أَوْلَادَ بَنَاتٍ، أو أَوْلَادَ

---

(٢) فى م : « المتفرقين » .

(٣ - ٣) سقط من : ا ، وفى م : « ابنان وابنتان » .

(٤) فى م زيادة : « ولد » .

(٥) سقطت الواو من : م .

(٦) فى م : « ثمانية » .

أَخَوَاتٍ من أَبَوَيْنِ ، أو مِنْ أَبٍ ، فَهِيَ مِنِ اثْنَيْنِ وسَبْعِينَ ، عند مَن سَوَّى . ومِنْ مائةٍ وثمانيةٍ عندَ مَنْ فَضَّلَ . وقَوْلُ أَهْلِ العِرَاقِ : هِيَ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ كأَوْلَادِ البَنِينَ .

فصل : وإذا كان مَعَكَ أَوْلَادُ بَنَاتٍ أو[7] أَخَوَاتٍ ، قَسَّمتَ المالَ بَيْنَ أُمَّهاتِهم عَلَى عَدَدِهِنَّ فما أَصابَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فهو لِوَلَدِها بالسَّوِيَّةِ عندَ مَنْ سَوَّى ، وعندَ مَنْ فَضَّلَ / جَعَلَهُ بينهم على حَسَبِ مِيرِاثِهم . واختلفَ أَصْحابُ أَبِي حنيفةَ ، فذَهبَ أبو يوسُفَ إلى قَسْمِ المالِ بينهم عَلى عَدَدِهم[8] دُونَ مُراعَاةِ أُمَّهاتِهم إذَا استَوَوْا ، أو مِمَّن يُدْلُونَ بِهِ مِنَ الآباءِ والأُمَّهاتِ إلى بَنَاتِ المَيِّت ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ؛ كأَوْلَادِ البنينَ . وجَعَلَ محمد بنُ الحسنِ مَنْ أَدْلَى بابنٍ ابنًا ، وإنْ كانَ أُنثى ، وَمَنْ أَدْلَى بِالأُنثى أُنثَى وإنْ كان ذَكرًا ، وجعلَ المُدْلَى بِهِمْ بِعَدَدِ المُدْلِينَ ، ثم قَسَّمَ بينهم على عَدَدِهم ، فما أَصابَ وَلَدَ الابْنِ قَسَّمَه بينهم للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وما أَصابَ وَلَدَ الأُنثَى قَسَّمَه بينهم كذلك .

١٢١/٦ظ

مسائل : من ذلك ؛ بِنْتُ ابنِ بِنْتٍ ، وابْنُ بِنْتِ بِنْتٍ ، قَوْلُ مَنْ سَوَّى ، المالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وقَوْلُ مَنْ فَضَّلَ ، إنْ كَانَا مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ[9] ، فكذلك ، وإنْ كانَا مِنْ وَلَدِ بِنْتٍ وَاحِدَةٍ ، فالمالُ بَيْنَ ابنِها وبِنْتِها ، لابنِها ثُلُثَاهُ ، ولبِنْتِها ثُلُثُهُ ، فما أَصَابَ ابنَها فهو لِبِنْتِه ، وما أَصابَ بِنْتَها فهو لابِنِهَا ، فيصيرُ للبِنْتِ سَهْمَان ، وللابْنِ سَهْمٌ ، وقَوْلُ محمدٍ كذلك ، وقَوْلُ أَبِي يوسفَ للابْنِ سَهْمَان ، ولِلبِنْتِ سَهْمٌ ، كابْنِ المَيِّتِ وبِنْتِهِ . ابْنَا بِنْتِ بِنْتٍ ، وابْنُ ابنِ بِنْتٍ ، قَوْلُ مَنْ سَوَّى لابْنِ ابنِ البِنْتِ النِّصْفُ ، والبَاقِي بينَ البَاقِينَ على ثلاثَةٍ ، سَوَاءٌ كانوا مِنْ وَلَدِ بِنْتٍ ، أو مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ[9] ، وقَوْلُ المُفَضِّلِينَ إنْ كَانُوا مِنْ وَلَدِ بِنْتَيْنِ[9] فلابْنِ ابْنِ البِنْتِ النِّصْفُ ، والنِّصْفُ الآخَرُ بَيْنَ الباقينَ على خَمْسَةٍ ، وإنْ كَانوا مِنْ وَلَدِ بِنْتٍ ، فلابْنِ ابْنِ البِنْتِ الثُّلُثَانِ ، والثُّلُثُ البَاقِي للباقينَ ، على خَمْسَةٍ ؛ لأَنَّ المالَ كان للبِنْتِ الأُولَى ، فقُسِّم بينَ ابْنِها وبِنْتِها أَثلاثًا ، للابْنِ سَهْمانِ ، فهما لابْنِه ، وللبِنْتِ سَهْمَانِ ، فهو لِوَلَدِها . قَوْلُ محمد يُقَسَّم بينهم على خَمْسَةٍ ، لابْنِ الابْنِ

---

(٧) فى حاشية ا : « أو أولاد » . وهو المقصود .

(٨) فى الأصل ، ب ، م : « عددهن » .

(٩) فى ب ، م : « بنين » .

سَهْمَانِ ؛ لأنَّهُ يُدْلِي بِابْنٍ ، وللباقينَ ثَلاثَةٌ ؛ لأنَّهم يُدْلُونَ بِأُنْثَى . قَوْلُ أبي يوسفَ يُقَسَّم بينهم على سَبْعَةٍ ، لِكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ ، وللبِنْتِ سَهْمٌ . ابْنا بنتِ بنتٍ وبِنْتَا ابْنِ بنتٍ ، قولُ مَن سَوَّى، المالُ بينهم على أَرْبَعَةٍ بكلِّ حَالٍ. قولُ المُفَضِّلين إنْ كانوا مِن وَلَدِ بِنْتَيْن، فكذلك ، وإنْ كانوا مِنْ ولِدِ واحدةٍ / فلابْنَيها الثُّلُثَانِ بيْنَ ابْنَتَيْهِ ، ولابْنَتِها الثُّلُثُ بينَ ابْنَيْهَا . ‏١٢٢/٦و قولُ أبي يوسفَ، المالُ بَيْنَهم على سِتَّةٍ، لِكُلِّ ذَكَرٍ سَهْمَانِ ، ولكلِّ أُنثى سَهْمٌ . قولُ محمد، لِكلِّ ذَكَرٍ سَهْمٌ، ولكلِّ أنثى سَهْمَانِ . ابنا وابْنَتا ابْنِ أُخْتٍ، وثَلاثَةُ بنينَ وثَلاثُ بناتِ بنتِ أُخْتٍ . قولُ مَنْ سَوَّى النصفُ بينَ الأَوَّلَيْنِ على أَرْبعةٍ ، والنِّصفُ البَاقِي بينَ الآخِرَيْنِ على سِتَّةٍ ، وتَصِحُّ مِن أَربعةٍ وعِشْرِينَ . قولُ مَنْ فَضَّلَ ، إنْ كَانوا مِن ولِدِ واحدةٍ ، فللأَوَّلَيْنِ الثُّلُثانِ بينهم على سِتَّةٍ ، وللآخِرَيْنِ الثُّلُثُ بينهم على تِسْعةٍ ، وَتَصِحُّ مِن أَرْبعةٍ وخَمْسِينَ ، وإنْ كانوا مِن ولِدِ اثْنَتَيْن صَحَّتْ مِن سِتَّةٍ وثلاثين . قولُ أبي يوسفَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وتَصِحُّ مِن خَمْسَةَ عَشَرَ . وقَوْلُ محمدٍ، وَلَدُ ابْنِ الأُخْتِ بمنزلةِ أَرْبعةِ ذكورٍ، وولدُ بنتِ الأختِ كستِّ إناثٍ، فيُقَسَّم المالُ بينهم على أَرْبَعَةَ عَشَرَ، فلولدِ ابنِ [10] الأُختِ منها ثَمانيةُ أَسْهُمٍ، بينهم على سِتَّةٍ، وَلِلآخِرِين سِتَّةٌ، بينهم على سبعةٍ، وتَصِحُّ من اثنينِ وأَربعينَ ، وترجِعُ بِالاخْتِصارِ إلى أحد وعِشْرين . ابنتا أَخٍ وابنٌ وابنةُ أُخْتٍ ، لِابْنَتَي الأَخِ الثُّلُثانِ ، في قَوْلِ المُنَزِّلين جَميعِهم . وقَوْلُ محمد الثُّلُثُ لولَدَيِ الأُختِ ، بينهما بالسَّوِيَّةِ ، عندَ مَن سَوَّى . ومن فضَّلَ جعَله بينهما أَثلاثًا . وهذا قولُ محمد . وقال أبو يوسُفَ : لابنِ الأُختِ سَهْمان ، ولكلِّ واحِدٍ من الباقِين سَهْمٌ ، وتَصِحُّ مِن خمسةٍ .

فصل : بِنتُ بِنتٍ ، وبنتُ بنتِ ابْنٍ ، هي مِن أَرْبَعةٍ عندَ المُنَزِّلين جميعِهم ، وعندَ أَهْلِ القَرابةِ هو لبنتِ البِنْتِ ؛ لأَنَّها أَقْرَبُ ، فإن كان معهما بنتا بنتِ ابْنٍ أُخْرَى ، فكأَنَّهم بنتٌ . وابْنَتا ابْنٍ ، فمسأَلَتُهم مِن ثمانيةٍ ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةَ عَشَرَ . ابنُ بنتِ ابنٍ وبنتُ ابنِ بنتٍ ، المالُ للابْنِ ؛ لأَنَّهُ أَقربُ إلى الوارثِ . وهذا قولُ عَامَّةِ مَن وَرَّثَهم ، إلَّا ما

(١٠ – ١٠) في ب ، م : « ولولد أخ » .

حُكِيَ عن ابنِ سالمٍ فى أنّه يُنَزِّلُ البعيدُ حتى يُلحَقَ بوارِثِه[11]، فيكونُ المالُ بينهما على أربعةٍ ؛ للبنتِ ثلاثةٌ ، / وللابنِ سَهْمٌ ، كبنتٍ وبنتِ ابنِ بنتِ بنتِ ابنٍ وبنتِ بنتِ ابنِ ابنٍ ، وابنَتا بنتِ ابنِ ابنٍ[12] آخَرَ ، للأُولَى ثلاثةُ أرباعِ المالِ ، والرُّبعُ الباقى بينَ الباقياتِ على أربعةٍ ، فتَضْرِبُها فى أصلِ المسألَةِ ، تكُنْ من سِتَّةَ عشَرَ . ابنٌ وبنتُ بنتٍ ، وثلاثُ بناتٍ . بنتٌ وابنَا بنتِ ابنٍ ، لا شَىْءَ لهَذينِ فى قولِ الجَميعِ ؛ لأنَّ أُمَّهما تَسْقُطُ باستكمالِ البناتِ الثُّلُثَيْنِ ، ويكونُ النِّصفُ بينَ الابنِ وأُختِهِ علَى اثْنَيْنِ ، والنِّصفُ الآخَرُ على ثلاثٍ ، وتَصِحُّ مِنَ اثْنَىْ عشَرَ عند مَنْ سَوَّى ، ومَنْ فضَّلَ جعلَها بينهم على سِتَّةٍ ، وهو قولُ أهلِ القَرابةِ أيضًا . بنتُ بنتِ بنتٍ وبنتُ ابنِ بنتٍ أُخرَى وبنتُ بنتِ ابنِ ابنٍ ، المالُ لهذِه ، إلَّا فى قَوْلِ أهلِ القَرابةِ ، فإنَّه للأُولَيَيْنِ . وقولُ مَنْ أماتَ السبَبَ ، ووَرَّثَ البعيدَ مع القريبِ ، المالُ بَيْنَ بنتِ ابنِ بنتٍ ، وبنتِ بنتِ ابنِ ابنٍ ، علَى أربعَةٍ ، وتَسقُطُ الأخرَى ؛ لأنَّ هذه وارِثَةُ البنتِ فى أوَّلِ درَجَةٍ . بنتُ بنتٍ وبنتُ بنتِ بنتٍ أُخرَى وبنتُ بنتِ ابنٍ ، المالُ بَيْنَ الأُولَى والأخيرَةِ ، علَى المُنَزِّلِينَ . وقال أهلُ القَرابةِ : هو للأُولَى . قولُ ابنِ سالمٍ : هو للأُولَيَيْنِ ، وتَسْقُطُ الثالثةُ .

١٠٣٣ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا كَانَ ابْنُ أُختٍ ، وبِنتُ أُختٍ أُخْرَى ، أُعْطِىَ ابْنُ الأُختِ حَقَّ أُمِّهِ النِّصْفَ ، وبِنْتُ الأُختِ الأُخرَى حَقَّ أُمِّها النِّصْفَ . وَإنْ كَانَ ابْنٌ ، وبِنتُ أُختٍ ، وبِنتُ أُختٍ أُخرَى ؛ فللابْنِ ، وبِنتِ الأُختِ ، النِّصْفُ بَيْنَهما نِصفَيْنِ ، وَلِبنْتِ الأُختِ الأُخرَى النِّصْفُ)

أمَّا المسألَةُ الأُولَى ، فلا خِلافَ فيها بينَ المُنَزِّلِينَ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما له مِيراثُ مَنْ أدْلَى به . وهو قولُ محمدِ بنِ الحسَنِ أيضا . وقال أبو يوسف : يُعْتَبَرُونَ بأنفسِهم ، فيكونُ

---

(١١) سقط من : الأصل ، ا .

(١٢) سقط من : م .

لابنِ الأختِ الثُّلثانِ ، ولبنتِ الأختِ الثُّلثُ . وأمّا المسألةُ الثانيةُ ، فلا خِلافَ بين المُنزِّلينَ فى أنَّ لِوَلَدِ كلِّ أختٍ ميراثَها ، وهو النِّصفُ / . ومَنْ سوَّى جعَلَ النِّصفَ بَيْنَ ١٢٣/٦و ابنِ الأختِ وأختِهِ نِصفَيْنِ ، والنِّصفَ الآخرَ لبنتِ الأختِ الأُخرَى ، فتَصِحُّ من أربعةٍ . ومَنْ فضَّلَ جعلَ النِّصفَ بَيْنَهما علَى ثلاثةٍ ، وتصِحُّ من ستَّةٍ . وقالَ أبو يوسف : للابنِ النِّصفُ ، ولكُلِّ بنتٍ الرُّبُعُ ، وتصِحُّ من أربعةٍ . وقالَ محمدٌ : لِوَلَدِ الأختِ الأُولَى الثُّلثانِ بينهما على ثلاثةٍ ، وللأُخرَى الثُّلثُ ، وتَصِحُّ من تسعَةٍ . وإذا انفرَدَ ولدُ كُلِّ أخٍ ، أو أختٍ ، فالعملُ فيه على[1] ما ذكَرْنا فى أولادِ البناتِ . ومتَى كانَ الأخواتُ ، أو الإخوةُ ، من ولَدِ الأُمِّ ، فاتفقَ الجَميعُ على التَّسْويَةِ بين ذَكَرِهم وأُنثاهم ، إلَّا الثَّوْرِيَّ ، ومَنْ أماتَ السَّبَبَ . ثلاثُ بناتِ أخٍ وثلاثُ بَنِى أختٍ ، إن كانا من أُمٍّ ، فالمالُ بينَهم على عدَدِهم ، وإن كانا من أبٍ ، أو من أبوَيْنِ ، فلِبَناتِ الأخِ الثُّلثانِ ، ولِبَنِى الأختِ الثُّلثُ ، وتصِحُّ من تسعةٍ عند المُنزِّلينَ . وعندَ محمدٍ مثلُهُ . وفى قولِ أبى يوسفَ يَجْعَلُ لِبَنِى الأختِ الثُّلثَيْنِ ، ولبناتِ الأخِ[2] الثُّلُثَ . ابنٌ وبنتُ أختٍ لأبوَيْنِ وابنُ أختٍ لأُمٍّ ، هى من أربعةٍ عندَ مَنْ فَضَّلَ . وعند من سوَّى تصِحُّ من ثمانِيَةٍ . قولُ محمدٍ كأنَّهما أُختانِ من أبوَيْنِ ، وأختٌ من أُمٍّ ، فتصِحُّ من خمسةَ عشَرَ . فإن كان ولَدُ الأُمِّ أيضًا ابنًا ، وابنةً ، صحَّتْ عندَ جميعِهم من ثمانِيَةٍ ، إلَّا الثَّورِيَّ ، فإنَّه يجعَلُ للذَّكرِ من وَلَدِ الأُمِّ مثلَ حَظِّ الأُنثيَيْنِ ، فتصِحُّ عندَه من اثنَىْ عشَرَ . وعندَ محمدٍ ، هى من ثمانيَةَ عشَرَ . ابنا أختٍ لأبوَيْنِ ، وابنُ وابنةُ أختٍ لأبٍ ، وابنَا أختٍ أُخرَى لأبٍ ، فى قولِ عامَّتِهم من ثمانيَةٍ ، وتصِحُّ من اثنَيْنِ وثلاثِينَ عندَ من سوَّى ، وعندَ من فضَّلَ من ثمانيَةٍ وأربعِينَ . وقولُ محمدٍ ، يَسْقُطُ ولدُ الأبِ . ويتَّفِقُ قولُه وقولُ[3] أبى يوسفَ ، فى أنَّ المالَ لِوَلدِ الأختِ من الأبوَيْنِ . ابنُ أختٍ لأبوَيْنِ . وابنُ وابنةُ أختٍ لأُمٍّ وابنَا وابنتَا أُختٍ أخرَى لأُمٍّ ، قولُ المُنزِّلينَ من عِشْرينَ ، الثَّوريُّ من ثلاثينَ ، محمدٌ من سِتِّينَ .

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « الأب » .
(٣) فى م : « مع قول » .

١٠٣٤ - مسألة ؛ قال : (فَإنْ كُنَّ ثَلَاثَ بَناتِ ثلاثِ أَخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، / فَلِبنْتِ الأُختِ مِنَ الأَبِ والأُمِّ ثَلاثَةُ أَخماسِ المالِ ، ولِبنْتِ الأُختِ مِنَ الأَبِ الخُمُسُ ، وَلِبنْتِ الأُختِ مِنَ الأُمِّ الخُمُسُ) ١٢٣/٦ظ

جُعِلْنَ[1] مكانَ أُمَّهاتِهِنَّ . وكذلكَ إن كُنَّ ثلاثَ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقاتٍ . مذهبُ أحمدَ وسائرِ المُنَزِّلِينَ فى وَلَدِ الأخواتِ ، أنَّ المالَ يُقَسَّمُ بين الأخواتِ على قَدْرِ سِهامِهِنَّ ، فما أصابَ كُلَّ أختٍ فهو لِوَلَدِها . والمالُ فى مسأَلَتِنا بين الأخواتِ على خَمْسَةٍ ، فيكونُ بينَ أولادِهِنَّ كذلكَ . وكذلكَ إن كُنَّ ثلاثَ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ؛ لأنَّهُنَّ أخواتُ الأَبِ ، فميراثُهُ بينهنَّ كميراثِ الأخواتِ المُفْتَرِقَاتِ من أخيهِنَّ . وكذلكَ الحُكْمُ فى ثلاثِ خالاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ؛ لأنَّهُنَّ أخواتُ الأُمِّ ، فميراثُها بينهنَّ كذلكَ . وقَدَّم أهلُ القرابَةِ مَنْ كان لأبٍ وأُمٍّ من جَميعِهِم ، ثم مَنْ كان لأبٍ ، ثم مَنْ كان لأُمٍّ ، إلَّا محمدَ بنَ الحَسَنِ ، فإنَّه قَسَّمَ ميراثَ أولادِ الأخواتِ علَى أعدادِهم ، وأقامَهم مُقامَ أُمَّهاتِهِنَّ ، كأنَّهم أخواتٌ .

ومن مسائِلِ ذلك ؛ سِتُّ بناتِ ثلاثِ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، المالُ بين الأخواتِ على خمسةٍ ، فما أصابَ كُلَّ واحدَةٍ فهو لبِنْتَيْها ، وتصِحُّ من عشَرَةٍ . قولُ أبى يوسفَ ، المالُ كُلُّه لِوَلَدِ الأبوَيْنِ . قولُ محمدٍ ، لهما الثُّلُثانِ ، ولِوَلَدِ الأُمِّ الثُّلُثُ ، وتصِحُّ من سِتَّةٍ . سِتُّ بناتِ سِتِّ أخواتٍ مُفْتَرِقات ، لبِنْتَي الأُخْتَيْنِ من الأبوَيْنِ الثُّلُثانِ ، ولِوَلَدِ الأُمِّ الثُّلُثُ ، وتصِحُّ من ستَّةٍ . وهذا قولُ محمدٍ . ابنُ أختٍ لأبوَيْنِ وابنٌ وابنةُ أختٍ لأبٍ ، وابنَا وابنتَا أختٍ أُخرَى لأبٍ ، وثلاثةُ بنينٍ وثلاثُ بناتِ أختٍ لأُمٍّ ، هى من مائةٍ وعشرينَ عندَ مَنْ سوَّى ، ومن ستِّينَ عندَ مَنْ فضَّلَ ، ومن أربعَةٍ وخمسينَ عندَ محمدٍ . فإن كان معَهم أربعةُ بنينَ ، وأربعُ بناتِ أُخرَى لأُمٍّ ، صحَّتْ من مائةٍ وأربَعَةٍ وأربَعينَ عندَ المُنَزِّلِينَ كُلِّهم . قولُ محمدٍ ، كأنَّهم أختٌ لأبوَينِ ، وسِتُّ أخواتٍ لأبٍ ، وأربعَ عشَرَةَ أختًا لأُمٍّ ، وسَهْمُ[2] وَلَدِ الأبِ / بينَهم علَى تسعةٍ ، فتصِحُّ من ثلاثمائةٍ وثمانِيَةٍ وسبعينَ . فإن ١٢٤/٦و

---

(١) فى م : « جعلهن » .

(٢) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

كانَ وَلَدُ الأختِ للأبوَيْنِ ابنًا وبنتًا ، صحَّتْ كذلكَ عندَ المُنَزِّلِينَ ، وعندَ محمدٍ ، كأنَّهما أُختانِ لأبوَيْنِ ، فيَسْقُطُ ولَدُ الأبِ ، وتصِحُّ من مائةٍ وستةٍ وعشرينَ . والقولُ فى العمَّاتِ المُفْتَرِقاتِ ، والخالاتِ المُفْتَرِقاتِ ، وأولادِهِنَّ ، كالقَوْلِ فى وَلَدِ الأخواتِ المُفْتَرِقاتِ .

١٠٣٥ – مسألة ؛ قال : (إذَا كُنَّ ثَلاثَ بَنَاتِ ثَلاثَةِ إخوَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، فلِبِنْتِ الأَخِ من الأُمِّ السُّدُسُ ، والباقِي لِبِنْتِ الأخِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ)

هذا قولُ جَميعِ المُنَزِّلِينَ ؛ لأنَّ الإخوةَ المُفْتَرِقِينَ يَسْقُطُ ولدُ الأبِ منهم بِوَلَدِ الأبوَيْنِ ، وللأخِ للأمِّ السُّدُسُ ، والباقى كُلُّه للأخِ للأبوَيْنِ ، ثم ما صارَ لِكُلِّ أخٍ فهوَ لِوَلَدِهِ . وكذلكَ الحُكْمُ فى الأخوالِ المُفْتَرِقين وأولادِهم ؛ لأنَّ الأخوالَ إخوةُ الأمِّ .

مسائلُ من ذلكَ ؛ ستُّ بناتِ ستَّةِ إخوةٍ مُفْتَرِقين ، لِوَلَدِ الأمِّ السُّدُسُ ، والباقى لِوَلَدِ الأبوَيْنِ . قولُ محمدٍ ، لِوَلَدِ الأمِّ الثُّلُثُ . بنتُ أخٍ لأبوَيْنِ وابنُ أخٍ لأمٍّ ، وبنتُ أخٍ آخرَ لأمٍّ . ابنُ بنتِ بنتِ أخٍ لأبٍ وابنًا وابنتَا ابنِ أخٍ لأمٍّ ، وثلاثَةُ بنينَ وثلاثُ بناتِ بنتِ أُختٍ لأمٍّ ، تصِحُّ من اثنَيْنِ وسبعينَ عند المُنَزِّلينَ . فإن كانَ مَكانَ الأخِ من الأبِ أختٌ ، كانَتْ من ستِّينَ . فإن كانَ معهم ابنُ بنتِ أُختٍ من أبوَيْنِ ، عادَتْ إلى اثنَيْنِ وسبعينَ .

فصل : بنتُ أخٍ لأمٍّ وبنتُ ابنِ أخٍ لأبٍ ، للأُولَى السُّدُسُ ، والباقى للثانِيَةِ عند المُنَزِّلينَ . وفى القَرابَةِ هو للأُولَى ؛ لأنَّها أقربُ إلى الميِّتِ . بنتُ بنتِ أخٍ لأبوَيْنِ وبنتُ ابنِ أخٍ لأبوَيْنِ ، المالُ لهذه فى قولِهم جميعًا . بنتُ ابنِ أخٍ لأمٍّ وبنتُ بنتِ أخٍ لأبوَيْنِ وابنُ بنتِ أخٍ / لأبٍ ، للأُولَى السُّدُسُ ، والباقى للثانيةِ . وقال أبو يوسفَ : الكلُّ للثانيةِ . بنتُ أخٍ لأمٍّ وبنتُ بنتِ أخٍ لأبٍ ، المالُ للأُولَى ، إلَّا فى قولِ الثَّورِىِّ ، وابنِ سالمٍ ، وضِرارٍ : للأُولَى السُّدُسُ ، والباقى للثانِيةِ ؛ لأنَّهم يورِّثونَ البعيدَ معَ القَريبِ ، وإن كانوا من جِهَةٍ واحِدَةٍ .

١٢٤/٦ ظ

فصل : ابنُ وبنتُ أختٍ لأبوين وبنتا أخٍ لأبٍ وثلاثةُ بَنِى أختٍ لأبٍ وخمسةُ بَنِى أختٍ لأمٍّ وعشرُ بناتِ أخٍ لأمٍّ ، أصلُها من ثمانيةَ عشَرَ ، وتصحُّ من خمسمائةٍ وأربعينَ ؛ فى قول المُنَزِّلِين ، النِّصفُ من ذلك بين وَلَدَىِ الأختِ للأبوَيْنِ بالسويَّةِ ، عند مَنْ سوَّى ، وأثلاثًا عند من فضَّل ، ولولَدِ الأمِّ الثلثُ ، وهو مائةٍ وثمانونَ ، لولَدِ الأخِ تسعونَ ، ولولَدِ الأختِ تسعونَ ، ولولَدِ الأبِ تسعونَ ، لولَدِ الأخِ ستُّونَ ، ولولَدِ الأختِ ثلاثونَ . ثلاثُ بناتِ إخوةٍ مُفْتَرِقينَ وثلاثُ بناتِ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، لولَدَىِ الأمِّ الثُّلُثُ بيْنَهما بالسويَّةِ ، والباقى لولَدَىِ الأبوَيْنِ[1] ، لبنتِ الأخِ ثُلُثاهُ ، ولبنتِ الأختِ ثُلُثُهُ . وإن كانَ معَهم ثلاثةُ بَنِى أخوالٍ مُفْتَرِقينَ ، فلَهم السُّدُسُ ، لابنِ الخالِ من الأمِّ سُدُسُهُ ، وباقيه لابنِ الخالِ من الأبوَيْنِ ، ويبقَى النِّصفُ ، لبنتِ الأخِ من الأبوَيْنِ ثُلُثاهُ ، ولبنتِ الأختِ ثُلُثُهُ ، وتصحُّ من ستةٍ وثلاثينَ . والحُكْمُ فى ثلاثةِ أخوالٍ مُفْتَرِقينَ فى قِسْمَةِ ميراثِ الأمِّ بينَهم ، كالحُكْمِ فى ثلاثةِ إخوةٍ مُفْتَرِقينَ فى قَسْمِ مِيراثِهم بينَهم . وكذلك ثلاثةُ أخوالٍ مُفْتَرِقينَ ، مع ثلاثةِ خالاتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، كثلاثِ بناتِ إخوةٍ مُفْتَرِقينَ مع ثلاثِ بناتِ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، علَى ما ذُكِرَ[2] .

١٠٣٦ - مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا كَانَ ثَلَاثُ بَنَاتِ عُمُومَةٍ مُفْتَرِقِينَ ، فَالْمَالُ لِبِنْتِ الْعَمِّ مِنَ الْأَبِ والْأُمِّ[1] ؛ لِأَنَّهُنَّ أُقِمْنَ مَقَامَ آبَائِهِنَّ**)

أكثرُ أهلِ التَّنزيلِ علَى هذا ، وهو قولُ أهلِ القَرابةِ . وقال الثَّوْرِىُّ : المالُ / بيْنَ بنتِ العَمِّ من الأبوَيْنِ وبنتِ العَمِّ من الأمِّ على أربعةٍ . وقال أبو عُبَيْدٍ : لبنتِ العَمِّ من الأمِّ السُّدُسُ ، والباقى لبنتِ العَمِّ من الأبوَيْنِ ، كبناتِ الإخوةِ . ولا يصحُّ شىءٌ من هذا ؛ لأنَّهنَّ بمنْزلةِ آبائِهنَّ ، ولو كانَ آباؤُهنَّ أحياءً لكانَ المالُ للعَمِّ من الأبوَيْنِ . وفارَقَ بناتِ الإخوةِ ؛ لأنَّ آباءَهنَّ يكونُ المالُ بينهم على ستَّةٍ ، ويرِثُ الأخُ من الأمِّ مع الأخِ من

١٢٥/٦ و

(١) فى م : « الابن » .

(٢) فى م : « ذكرنا » .

(١) فى ا زيادة : « وسقط الباقون » .

الأبَوَيْنِ ، بخلافِ العمومَةِ . وقيل ، علَى قياسِ قولِ محمدِ بنِ سالِمٍ : المالُ لبنتِ العَمِّ من الأُمِّ ؛ لأنَّها بعدَ درجتَيْنِ بمنزِلَةِ الأبِ ، فيسقُطُ به العَمُّ . قالَ الْخَبْرِيُّ : وليس بشيءٍ . وقد ذكَرَ أبو الخطَّابِ فى كتابِ « الهِدايَةِ » قولًا من رأيِهِ يُفضِى إلى هذا ، فإنَّه ذكَرَ أنَّ الأُبُوَّةَ جِهَةٌ ، والعمومَةَ جِهَةٌ أخرَى ، وأنَّ البعيدَ والقريبَ من ذَوِى الأرحامِ إذا كانا من جِهَتَيْنِ ، نُزِّلَ البعيدُ حتى يلحَقَ بوارِثِهِ ، سواءٌ سَقَطَ به القريبُ ، أو لم يسقُطْ ، فيلزَمُ على هذا أنْ تُنَزَّلَ بنتُ العَمِّ من الأُمِّ حتى تلحَقَ بالأبِ ، فيَسقُطَ بها ابنَتا العَمَّيْنِ الآخرَيْنِ . وأظنُّ أبا الخطَّابِ لو علِمَ إفْضاءَ هذا القولِ إلى هذا لم يقُلْهُ ، ولم يذهبْ إليهِ ، لما فيهِ من مُخالفَةِ الإجماعِ ، ومُقْتَضَى الدَّليلِ ، وإسقاطِ القوىِّ بالضعيفِ ، والقريبِ بالبعيدِ . ولا يختلفُ المذهبُ فى أنَّ الحكمَ فى هذه المسألةِ علَى ما قالَ الخِرَقِىُّ .

ومن مسائلِ ذلِكَ ؛ بنتُ عَمٍّ لأبَوَيْنِ وبنتُ عَمٍّ لأبٍ ، المالُ للأُولَى . بنتُ عَمٍّ لأبٍ وبنتُ عَمٍّ لأُمٍّ ، كذلك . بنتُ عَمٍّ لأبٍ وبنتُ ابنِ عَمٍّ لأبوَيْنِ ، كذلك . بنتُ ابنِ عَمٍّ لأبٍ وبنتُ عَمٍّ لأُمٍّ ، المالُ للأُولَى عندَ المُنَزِّلِينَ ، وهو للثانية عندَ أهلِ القَرابةِ ؛ لأنَّها أقربُ . بنتُ عَمٍّ لأُمٍّ ، وبنتُ بنتِ عَمٍّ لأبوَيْنِ ، المالُ للأُولَى فى قولِهم جميعًا . بنتُ عَمٍّ وابنُ عَمَّةٍ ، المالُ لبنتِ العَمِّ عندَ الجُمهورِ . وحُكِيَ عن الثَّوْرِىِّ أنَّ لبنتِ العَمِّ سَهْمَيْنِ ، ولابنِ العَمَّةِ سهمٌ . / بنتُ بنتِ عَمٍّ وبنتُ ابنِ عَمٍّ ، المالُ لهذِهِ عندَ الجُمهورِ . وقولُ ابنِ سالِمٍ : هو للأُولَى . بنتُ عَمَّةٍ من أبوَيْنِ وبنتُ عَمٍّ من أُمٍّ ، لبنتِ العَمِّ السُّدُسُ ، ولبنتِ العَمَّةِ النِّصفُ ، ثم يُرَدُّ عليهما الباقى ، فيكونُ بَيْنَهما علَى أربعةٍ . ثلاثُ بناتِ عَمَّاتٍ مُفْترِقاتٍ وبنتُ عَمٍّ من أُمٍّ ، المالُ بينهنَّ على ستَّةٍ . فإن كانَ معهنَّ بنتُ عَمٍّ من أبوَيْنِ ، أو أبٍ ، ورِثَتِ المالَ دونهنَّ .

١٢٥/٦ظ

١٠٣٧ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كُنَّ ثَلَاثَ خَالَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، وثَلَاثَ عَمَّاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ ، فَالثُّلُثُ بَيْنَ الثَّلَاثِ خَالَاتٍ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ[١] ، وَالثُّلُثَانِ بَيْنَ الثَّلَاثِ عَمَّاتٍ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ)

(١) سقط من : م .

فتصِحُّ من خمسةَ عشرَ سهمًا ؛ للخالَةِ التى من قِبَلِ الأَبِ والأُمِّ ثلاثةُ أسْهُمٍ ، وللخالةِ التى من قِبَلِ الأبِ سهمٌ ، وللخالةِ التى من قِبَلِ الأمِّ سهمٌ ، وللعمَّةِ التى من قِبَلِ الأبِ والأُمِّ ستةُ أسهمٍ ، وللعَمَّةِ التى من قِبَلِ الأبِ سَهْمانِ ، وللعمَّةِ التى من قِبَلِ الأُمِّ سَهْمانِ . إنَّما كانَ كذلك ؛ لأنَّ الخالاتِ بمنزِلَةِ الأُمِّ ، والعَمَّاتِ بمنزِلَةِ الأبِ ، فكأنَّ الميِّتَ خلَّف أباهُ ، وأُمَّه ، فلأُمِّهِ الثُّلُثُ ، والباق لأبيهِ ، ثم ما صارَ للأُمِّ بَيْنَ أخواتِها على خَمسةٍ ؛ لأنَّهنَّ أخواتٌ لها مُفْترِقاتٌ ، فيُقَسَّم نصيبُها بينهنَّ بالفَرْضِ والرَّدِّ ، علَى خمسةٍ ، كما يُقَسَّمُ مالُ الميِّتِ بين أخواتِهِ المُفْترِقاتِ . وما صارَ للأبِ قُسِّمَ بين أخواتِهِ علَى خمسةٍ ، فصارَ الكَسْرُ فى الموضعَيْنِ على خمسةٍ ، وإحْداهما تُجزِئُ عن الأُخرَى ؛ لأنَّهما عددانِ مُتماثلانِ ، فتَضْرِبُ خمسةً فى أصلِ المسألةِ ، وهو ثلاثةٌ ، فصارَتْ خمسةَ عشرَ ، كما ذُكِرَ ، للخالاتِ سهمٌ فى خمسةٍ ، مَقْسومةٍ بينهنَّ ، كما ذُكِرَ ، وللعَمَّاتِ سهمانِ فى خمسةٍ ، تكُنْ عَشْرَةً بينهنَّ ، علَى خمسةٍ ، كما ذُكِرَ أيضًا . وهذا قولُ عامَّةِ المُنَزِّلِينَ . وعندَ أهلِ القَرابةِ ؛ للعَمَّةِ من الأَبوَيْنِ الثُّلُثانِ ، وللخالةِ من الأبوَيْنِ الثُّلُثُ ، وسقَطَ سائرُهنَّ . وقال نُعَيْم ، وإسحاقُ : الخالاتُ كلُّهنَّ سواءٌ ، فيكونُ نصيبُهنَّ بينهنَّ على ثلاثةٍ . وكذلِكَ نصيبُ العَمَّاتِ بَيْنَهنَّ علَى ثلاثةٍ يتساوَيْنَ فيهِ ، فتكونُ هذه المسألةُ عندَهما من تسعةٍ . / ١٢٦/٦و

فإنْ كانَ مع الخالاتِ خالٌ من أُمٍّ ، ومع العَمَّاتِ عَمٌّ من أُمٍّ ، فسهمُ كُلِّ واحدٍ من الفريقَيْنِ بينهم على ستةٍ ، وتصِحُّ من ثمانيةَ عشرَ سهمًا عند المُنَزِّلِينَ . ثلاثةُ أخوالٍ مُفْترِقِينَ معهم أخواتُهم ، وعَمٌّ وعمَّةٌ من أُمٍّ ، الثلثُ بين الأخوالِ والخالاتِ على ستةٍ ، للخالِ والخالةِ من الأُمِّ ثلاثةٌ بَيْنَهما بالسويَّةِ ، وثُلُثاهُ للخالِ والخالةِ من الأبوَيْنِ بَيْنَهما على ثلاثةٍ عندَ مَن فضَّل ، وهو قولُ أكثرِ المُنَزِّلِينَ ، وإحدى الرِّوايتَيْنِ عن أحمدَ ، وذكرَها الخِرَقِيُّ فى الخالِ والخالةِ خاصَّةً دونَ سائرِ ذَوِى الأرحامِ . والرِّوايةُ الأُخرَى ، هو بَيْنَهما على السويَّةِ ، والثُّلُثانِ بَيْنَ العَمِّ والعَمَّةِ بالسويَّةِ . ثلاثُ عَمَّاتٍ وثلاثُ بناتِ عَمٍّ ، وثلاثُ خالاتٍ وثلاثةُ بَنِى خالٍ ، الميراثُ للعَمَّاتِ والخالاتِ ، ويسقُطُ الباقونَ ، فيكونُ للخالاتِ الثُّلُثُ ، والباق للعَمَّاتِ . فإن كانَ معهم ثلاثُ بناتِ إخوةٍ ، فللخالاتِ السُّدُسُ ، والباق

للعمَّاتِ ؛ لأنهنَّ بمنزلَةِ الأبِ ، فيَسْقُطُ بهنَّ بناتُ الإخوةِ ؛ لأنَّهنَّ بمنزِلَةِ الإخوةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُجْعَلَ أولادُ الإخوةِ والأخواتِ من جِهَةِ الأُبُوَّةِ ، فيُقَدَّم ولدُ الأبوَيْنِ ، وولدُ الأبِ على العَمَّاتِ ؛ لأنَّهم أولادُ بنيهِ ، والعَمَّاتُ أخواتُه . ووَجْهُ هذا الاحتمالِ أنَّنا إذا جعَلْنَا الأُخُوَّةَ جهَةً ، والأُبُوَّةَ جِهَةً أخرَى ، مع ما تقرَّرَ من أصلِنا أنَّ البعيدَ والقريبَ إذا كانا من جِهَتَيْنِ ، نُزِّلَ البعيدُ حتى يلحَقَ بوارِثِه ، سواءٌ سقطَ به القريبُ ، أو لم يسْقُطْ ، لزِمَ منه سُقوطُ ولَدِ الإخوةِ ببناتِ العَمِّ من الأُمِّ ؛ لأنَّهنَّ من جِهَةِ الأبِ . ويلزَمُ من هذا أن يسقُطْنَ ببناتِ العَمَّاتِ ، وبناتِ الأعمامِ كلِّهم . فأمَّا إن كانَ مَكانَ العَمَّاتِ والخالاتِ بناتُهنَّ ، فللخالاتِ السُّدُسُ بين بناتِهنَّ على خمسةٍ ، والباقي لبناتِ الإخوةِ ، لبنتِ الأخِ من الأُمِّ السُّدُسُ ، والباقي لبنتِ الأخِ من الأبوَيْنِ ، وتصِحُّ المسألةُ من ثلاثينَ . فإن لم يَكُنْ بناتُ إخوَةٍ من أبوَيْنِ ، ولا من أبٍ ، فالباقي لبنتِ العَمِّ من الأبوَيْنِ .

فصل : خالةٌ / وابنُ عَمَّةٍ ، للخالةِ الثُّلُثُ ، والباقي لابنِ العَمَّةِ ، وهذا قولُ الثَّوْرِيِّ ، ومَنْ وَرَّثَ البعيدَ مع القريبِ . وفي قولِ أكثرِ المُنَزِّلِينَ ، وأهلِ القرابةِ ، المالُ للخالةِ ؛ لأنَّها أقربُ . وكذلك إن كانَ مَكانَ الخالةِ خالٌ . عَمَّةٌ وابنُ خالٍ معه أختُهُ ، الثُّلُثُ بين ابنِ الخالِ وأختِهِ بالسَّوِيَّةِ ، إن كانَ أبوهما خالًا من أُمٍّ ، وإن كان من أبٍ ، أو من أبوَيْنِ ، ففيهِ روايتانِ ؛ إحداهما ، هو بَيْنَهما بالسَّوِيَّةِ أيضًا . والثانية ، علَى ثلاثةٍ ، والباقي للعَمَّةِ . وعندَ أكثرِ الفرَضِيِّينَ ، المالُ للعَمَّةِ . بنتُ عمٍّ وابنُ عَمَّةٍ وبنتُ خالٍ وابنُ خالةٍ ، الثُّلُثُ بَيْنَ بنتِ الخالِ ، وابنِ الخالةِ بالسَّوِيَّةِ ، إن كانا من أُمٍّ ، وإن كانا من أبوَيْنِ ، أو من أبٍ ، فهَلْ هو بَيْنَهما بالسَّوِيَّةِ ، أو علَى ثلاثةٍ ؟ فيه روايتان . وإن كانَ ابنُ الخالةِ من أُمٍّ ، والخالُ من أبٍ ، فلابنِ الخالةِ سُدُسُ الثُّلُثِ ، والباقي لبنتِ الخالِ ، وإن كانَتْ بنتُ الخالِ من أُمٍّ ، وابنُ الخالةِ من أبٍ ، فالثلثُ بَيْنَهما على أربعةٍ ، والباقي لابنِ العَمِّ . وعندَ أكثرِ المُنَزِّلِينَ ، المالُ كلُّه لبنتِ العَمِّ ؛ لأنَّها أسبَقُ إلى الوارثِ . خالةٌ وبنتُ عَمٍّ ، ثلثٌ ، وثلثانِ ، وعندَ أهلِ القَرابةِ ، هو للخالةِ . عَمَّةٌ وبنتُ عَمٍّ ، مَنْ نزَّلَ العَمَّةَ أبًا جعَلَ المالَ لها ، ومَنْ نزَّلَها عَمًّا جعلَ المالَ بَيْنَهما نِصفَيْنِ . وكذلك مَنْ أماتَ السَّبَبَ . بنتُ ابنِ عَمٍّ

١٢٦/٦ ظ

لأبٍ وبنتُ عَمَّةٍ لأبوَيْنِ ، المالُ لبنتِ ابنِ العَمِّ . ابنُ خالٍ[٢] من أُمٍّ وبنتُ خالةٍ من أبٍ وبنتُ عمٍّ من أُمٍّ وابنُ عَمَّةٍ من أبٍ ، الثُّلُثُ من أربعةٍ ، والثُّلُثانِ من أربعةٍ أيضًا ، وتصِحُّ من اثنَىْ عشَرَ ، وفى القَرابةِ ، الثُّلُثُ لبنتِ الخالةِ ، والثُّلُثانِ لابنِ العَمَّةِ ، وتصِحُّ من ثلاثةٍ .

فصل : خالٌ وخالةٌ وأبو أُمٍّ ، المالُ لأبى الأُمِّ . فإن كانَ معهم ابنةُ عَمٍّ ، أو عَمَّةٍ ، فالثُّلُثُ لأبى الأُمِّ ، والباقى لابنةِ العَمِّ ، أو العَمَّةِ . وإن كان مكانَ أبى الأُمِّ أُمُّهُ فلا شىءَ لَها ؛ لأنَّ الخالةَ أسبقُ إلى الوارِثِ ، والجِهَةُ واحِدَةٌ . خالةٌ وأبو أُمِّ أُمٍّ[٣] ، المالُ للخالةِ ؛ لأنَّها بمنزِلَةِ / الأُمِّ ، وهى تُسقِطُ أُمَّ الأُمِّ . ابنُ خالٍ وابنُ أخٍ من أُمٍّ ، المالُ بَيْنَهما على ثلاثةٍ ، كأنَّهما أُمٌّ وأخٌ من أُمٍّ . وعند المُنَزِّلينَ هو لابنِ الأخِ . فإن كانَ معهما ابنُ أختٍ من أبٍ ، فالمالُ بَيْنَهم على خمسةٍ ؛ لابنِ الأختِ ثلاثةُ أخماسِهِ ، ولكلِّ واحِدٍ منهما الخُمُسُ . وإن كانَ معهم بنتُ أخٍ من أبوَيْنِ ، فلَها النِّصفُ ، ولكلِّ واحِدٍ من الباقينَ السُّدُسُ . وعند المُنَزِّلينَ ، لا شىءَ لابنِ الخالِ ، والمالُ بين الباقينَ على خمسةٍ . خالٌ وابنُ ابنِ أختٍ لأُمٍّ ، المالُ بَيْنَهما على ثلاثةٍ . وعند المُنَزِّلينَ ، هو للخالِ . بنتُ بنتِ أختٍ لأبوَيْنِ وابنُ ابنِ أخٍ لأُمٍّ ، وبنتُ ابنِ أخٍ لأبٍ وبنتُ خالَةٍ ، لهذه السُّدُسُ ، والباقى لبنتِ ابنِ الأخِ . وعند المُنَزِّلينَ ، المالُ كلُّهُ لهُ .

١٢٧/٦و

فصل : عَمَّةٌ وابنةُ أخٍ ، المالُ للعَمَّةِ عند مَنْ نزَّلَها أبًا ، ولابنِ الأخِ عندَ من نزَّلَها عَمًّا ، وبَيْنَهما عندَ مَنْ نزَّلَها جَدًّا . بنتُ عَمٍّ وبنتُ عَمَّةٍ وبنتُ أخٍ من أُمٍّ وبنتُ أخٍ من أبٍ ، لبنتِ الأخِ منَ الأُمِّ السُّدُسُ ، والباقى لبنتِ الأخِ من الأبِ ، فإن لم يَكُنْ بنتُ أخٍ من أبٍ ، فالباقى لبنتِ العَمِّ ، ويجىءُ على قولِ مَنْ نزَّلَ البعيدَ حتى يُلْحِقَهُ بوارِثِهِ ، وجعلَ الأُبُوَّةَ جِهَةً ، والأُخُوَّةَ جِهَةً ، أن يَسْقُطَ أولادُ الأخوةِ . فإن جعلَ الأُبُوَّةَ جِهَةً ، والعمومةَ جِهَةً أُخرَى ، أسقطَ بنتَ العَمِّ ببنتِ العَمَّةِ ، وقيلَ : إنَّ هذا قولُ ابنِ سالِمٍ ، وهو بعيدٌ . بنتُ

---

(٢) فى م : « خالة » .

(٣) سقط من : م .

عَمٌّ وبنتُ خالٍ وبنتُ أخٍ من أبٍ ؛ لبنتِ الخالِ الثُّلُثُ ، والباقى لبنتِ الأخِ ، وعندَ أكثرِ المُنَزِّلِينَ ، الكلُّ لبنتِ الأخِ . ثلاثُ بناتِ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ وثلاثُ بناتِ عَمّاتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، السُّدُسُ الباقى بينَ بناتِ العَمّاتِ على خمسةٍ ، وتَصِحُّ من ثلاثينَ . فإن كانَ معَهم خالٌ ، أو خالةٌ ، أو أحَدٌ من أولادِهما ، فلهُ السُّدُسُ ، ولا شىءَ لولدِ العَمّاتِ ، إلَّا علَى قولِ ابنِ سالِمٍ ، وأصحابِهِ ، فإنَّه يُورِّثُهم ، ويُسقِطُ ولدَ الأخواتِ . ويقتضيهِ قولُ أبى الخطَّابِ . خالةٌ ، وعَمَّةٌ وستٌّ[4] بناتِ ثلاثِ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، للخالةِ السُّدُسُ ، / ١٢٧/٦ظ والباقى للعَمَّةِ . ومَنْ نزَّلَها عَمًّا فلبنتَي الأُختِ من الأبوَيْنِ النِّصفُ ، ولبنتَي الأُختِ من الأبِ السُّدُسُ ، ولبنتَي الأُختِ من الأمِّ السُّدُسُ . فإن كُنَّ بناتِ ستِّ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، عالَتْ علَى هذا إلى سبعةٍ .

فصل : فى عَمّاتِ الأبوَيْنِ وأخوالِهما وخالاتِهما ؛ مذهبُنا ما تقدَّمَ من تقديمِ الأسْبَقِ إلى الوارِثِ إن كانا من جِهَةٍ واحدةٍ ، وتنزيلِ البعيدِ حتى يَلْحَقَ بوارِثِهِ إنْ كانا من جهَتَيْنِ ، ثم يُجْعَلُ لمَنْ يُدْلِى به ما كانَ لهُ . وأكثرُ المُنَزِّلِينَ يُعطونَ الميراثَ للأسْبَقِ بكلِّ حالٍ . والمشهورُ عن أهلِ العراقِ أنَّ نصيبَ الأمِّ بين خالِها وخالتِها ، وعَمِّها وعمَّتِها ، على ثلاثةٍ ، ونصيبَ الأبِ بين عَمّاتِهِ وخالاتِهِ كذلك .

ومن مسائلِ ذلك ؛ ثلاثُ خالاتِ أمٍّ مُفْتَرِقاتٍ وثلاثةُ أعمامِ أمٍّ مُفْتَرِقينَ وثلاثُ خالاتِ أبٍ مُفْتَرِقاتٍ ، فخالاتُ الأمِّ بمنزِلَةِ أمِّ الأمِّ ، وخالاتُ الأبِ بمنزِلَةِ أمِّ الأبِ ، فيكونُ المالُ بين هاتينِ الجَدَّتينِ نصفَيْنِ ، ونصيبُ كلِّ واحدةٍ منهما بَيْنَ أخواتِها على خمسةٍ ، وتَسقُطُ عَمّاتُ الأمِّ ؛ لأنَّهنَّ بمنزِلَةِ أبى[5] الأمِّ ، وهو غيرُ وارثٍ . فإن كانَ معهم عَمّاتُ أبٍ ، فلخالاتِ الأبِ والأمِّ السُّدُسُ بَيْنَهما ، والباقى لعَمّاتِ الأبِ ؛ لأنَّهنَّ بمنزِلَةِ الجَدِّ . عَمَّةُ أبٍ وعَمَّةُ أمٍّ ، لعَمَّةِ الأمِّ الثُّلُثُ ، والباقى لعَمَّةِ الأبِ . هذا قياسُ المذهبِ ، وهو قولُ أهلِ

(٤) فى ا ، م : « وثلاث » .

(٥) فى م : « أب » .

العراقِ . وقال القاضى : المالُ لعَمَّةِ الأَبِ ؛ لأَنَّها أسبقُ ؛ لأنَّها أختُ الجَدِّ ، وهو وارِثٌ . وهذا قولُ أكثرِ المُنَزِّلينَ ؛ لأنَّهم يُوَرِّثون الأَسْبَقَ بكلِّ حالٍ . خالةُ أُمٍّ وعَمَّةُ أَبٍ ، للخالةِ السُّدُسُ ، والباقِى للعَمَّةِ ؛ لأنَّهما كجَدٍّ[6] وجَدَّةٍ . وكذلك القولُ فى خالةِ أَبٍ وعَمَّتِه . خالةُ أُمٍّ وخالَةُ أُمِّ أَبٍ ، المالُ للخالَةِ ؛ لأنَّهما بمنزلَةِ أُمِّ أُمٍّ ، وأُمِّ أُمِّ أَبٍ . خالُ أَبٍ وعمُّ أُمٍّ ، المالُ للخالِ ؛ لأنَّه بمنزِلَةِ جَدَّةٍ ، والجَدَّاتُ بمنزلةِ الأُمَّهاتِ . بنتُ خالِ أمٍّ وبنتُ عمِّ أَبٍ ، لبنتِ الخالِ السُّدُسُ ، ولبنتِ العَمِّ ما بَقِىَ . ومَنْ ورَّثَ الأَسْبَقَ جعلَ / الكلَّ لبنتِ العَمِّ . أبو أبى أُمٍّ وأبو أُمِّ أَبٍ ، المالُ لأبى أُمِّ الأَبِ . فإن كانَ معهما أبو أُمِّ أُمٍّ فهو بينهما نِصفَينِ ؛ لأنَّهما بمنزلَةِ جَدَّتَيْنِ مُتَحاذِيَتَيْنِ . أبو أُمِّ أبى[7] أُمٍّ ، وأبو أبى أُمِّ أُمٍّ ، المالُ لهذا ؛ لأنَّه أَسْبَقُ . فإن كانَ معهما أبو أُمِّ أبى أَبٍ ، فالمالُ لهُ ؛ لأنَّه بأَوَّلِ درجةٍ يَلْقَى الوارثَ . [8]أَبٌ وأُمٌّ[8] أبى أُمٍّ ، لأمِّ أبى الأُمِّ الثُّلُثُ ، والباقى للأبِ . فإن كانَ معهما أبو أُمِّ أُمٍّ ، فالمالُ له ؛ لأنَّه يُدْلِى بوارثٍ . وإن كانَ معهم أبو أمِّ أَبٍ ، فالمالُ بين هذا والذى قبلَه نصفَيْنِ .

١٢٨/٦ و

فصل : وإذا كان لذى الرَّحِمِ قَرابتانِ ، ورِثَ بهما ، بإجماعٍ من المورِّثينَ لهم ، إلَّا شيئًا يُحْكَى عن أبى يوسفَ ، أنَّهم لا يرِثُونَ إلَّا بقَرابةٍ واحدةٍ . وليس بصَحيحٍ عنه ، ولا صحيحٍ فى نفسِهِ ؛ لأنَّه شخصٌ له جِهَتانِ لا يُرَجَّحُ بهما ، فورِثَ بهما ، كالزَّوْجِ إذا كانَ ابنَ عَمٍّ ، وابنِ العَمِّ إذا كانَ أخًا من أُمٍّ ، وحسابُ ذلك أن تجعَلَ ذا القَرابتَيْنِ كشَخْصَيْنِ[9] ، فتقولَ فى ابنِ بنتِ بنتٍ ، هو ابنُ ابنِ بنتٍ أخرَى ، وبنتُ بنتِ بنتٍ أخرَى ، للابنِ الثُّلُثانِ ، وللبنتِ الثُّلُثُ . فإن كانت أُمُّهما واحدةً ، فله ثلاثَةُ أرباعِ المالِ

---

(٦) فى م : « كجدة » .

(٧) فى م : « وأبى » .

(٨-٨) فى الأصل ، ا : « أبو أم » .

(٩) فى م : « كشخص » .

عند مَنْ سَوَّى ، ولأختِهِ الرُّبعُ . ومَنْ فضَّل جعلَ له النِّصفَ ، والثُّلُثَ ، ولأختِهِ السُّدُسَ . وهذا قولُ أكثرِ المُنَزِّلِينَ ، وقولُ أبى حنيفَةَ ، ومحمدٍ . وقياسُ قولِ أبى يوسُف ، له أربعةُ أخماسِ المالِ ، ولأختِهِ الخُمُسُ . بنتا أختٍ من أمٍّ ، إحداهما بنتُ أخٍ من أبٍ ، وبنتُ أختٍ من أبوَيْنِ ، هى من اثنَىْ عشَرَ ، ستةٌ لبنتِ الأختِ من أبوَيْنِ ، وأربعةٌ لذاتِ القَرابتَيْنِ من جِهَةِ ابنِها ، ولَها سهمٌ من جِهَةِ أمِّها ، وللأخرى سهمٌ . عمَّتان من أبٍ ، إحداهما خالةٌ من أمٍّ ، وخالةٌ من أبوَيْنِ ، هى من اثنَىْ عشَرَ أيضًا ، لذاتِ القَرابتَيْنِ خمسةٌ ، وللعَمَّةِ الأخرَى أربعةٌ ، وللخالةِ من الأبوَيْنِ ثلاثةٌ . فإن كانَ معهما عَمٌّ من أمٍّ هو خالٌ من أبٍ ، صحَّتْ من تسعينَ . ابنٌ وبنتُ ابنِ عَمَّةٍ من أمٍّ ، البنتُ هى بنتُ عَمٍّ من أمٍّ والعَمُّ هو خالٌ من أبٍ . ابنٌ وبنتُ ابنِ خالٍ من أبٍ ، الابنُ هو ابنُ بنتِ خالٍ آخرَ من أبٍ ، والخالانِ عَمَّانِ من أمٍّ ، هى من ثمانيةَ عشَرَ . ١٢٨/٦ظ

مسائلُ شَتَّى[١٠] ؛ يعنى مُتَفرِّقَةً ، فإنَّها مسائلُ من أبوابٍ مُتَفرِّقةٍ ، يقالُ : شَتَّى ، وشَتَّانَ ، وقال الله تعالى : ﴿ تَحْسَبُهُمْ جَمِيعًا وَقُلُوبُهُمْ شَتَّى ﴾[١١] . وقال تعالى : ﴿ إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى ﴾[١٢] . وقال الشّاعِرُ[١٣] :

قَدْ عِشتُ فى النَّاسِ أطوارًا على طُرُقٍ شَتَّى وقاسَيْتُ فيها اللِّينَ والفَظَعَا

١٠٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْخُنثَى الْمُشْكِلُ يَرِثُ نِصْفَ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ، وَنِصْفَ مِيرَاثِ أُنثَى . فَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ الرَّجُلُ فَلَيْسَ بِمُشْكِلٍ ، وَحُكْمُهُ فِى الْمِيرَاثِ وَغَيْرِهِ حُكْمُ رَجُلٍ . وَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ تَبُولُ الْمَرْأَةُ فَلَهُ حُكْمُ امْرَأَةٍ)

الخُنثَى هو الذى له ذَكَرٌ وفَرْجُ امرأةٍ ، أو ثُقْبٌ فى مكانِ الفَرْجِ يخرجُ منه البَوْلُ .

---

(١٠) فى ا زيادة : « من الفرائض » .

(١١) سورة الحشر ١٤ .

(١٢) سورة الليل ٤ .

(١٣) لقيط بن زرارة التميمى ، كما ذكر التنوخى . الفرج بعد الشدة ٥ / ٥ ، وذكر المبرد البيت ولم ينسبه . الكامل ١ / ١٩٢ ، ونقل صاحبا اللسان والتاج البيت (ف ظ ع) عن المبرد ، ولم ينسباه .

وينقَسِمُ إلى مُشْكِلٍ وغيرِ مُشْكِلٍ ، فالذى يتبيَّنُ فيه علاماتُ الذكوريَّةِ ، أو الأُنوثيَّةِ ، فيُعْلَمُ أنَّه رجلٌ ، أو امرأةٌ ، فليس بمُشْكِلٍ ، وإنَّما هو رجلٌ فيه خِلْقَةٌ زائدةٌ ، أو امرأةٌ فيها خِلْقَةٌ زائدةٌ ، وحكمُهُ فى إرْثِهِ وسائرِ أحكامِهِ حُكْمُ ما ظهرَتْ علاماتُهُ فيه ، ويُعْتَبرُ بمَبالِهِ فى قولِ مَن بَلَغَنا قولُه من أهلِ العلمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مَنْ نحفظُ عنهُ من أهلِ العلمِ علَى أنَّ الخُنْثَى يُوَرَّثُ من حيثُ يبولُ ، إن بالَ من حيثُ يبولُ الرجلُ ، فهو رجلٌ ، وإن بالَ من حيثُ تبولُ المرأةُ ، فهو امرأةٌ . وممَّنْ رُوِىَ عنه ذلك ؛ علىٌّ ، ومعاويةُ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وأهلُ الكوفةِ ، وسائرُ أهلِ العلمِ . قال ابن اللبَّانِ : رَوَى الكَلْبِيُّ ، عن أبى صالحٍ ، عن ابن عباسٍ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عن مولودٍ لهُ قُبُلٌ وذَكَرٌ ، من أينَ يُوَرَّثُ ؟ قال : « مِنْ حَيْثُ يَبُولُ » . ورُوِىَ أنَّه عليه السلام أُتِىَ بخُنْثَى من الأنصارِ ، فقال : « وَرِّثُوهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَبُولُ مِنْهُ »[1] . ولأنَّ خُروجَ البَوْلِ أعمُّ العلاماتِ ؛ / لوجودِها من الصغيرِ والكبيرِ ، وسائرُ العلاماتِ إنَّما يوجَدُ بعدَ الكِبَرِ ، مثلُ نباتِ اللحيةِ ، وتَفَلُّكِ الثَّدْىِ[2] ، وخروجِ المَنِىِّ ، والحَيْضِ ، والحَبَلِ . وإن بالَ منهما جميعًا ، [3]اعتبَرْنا أسبقَهما[3] . نصَّ عليه أحمدُ . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ . وبه قالَ الجُمهورُ . فإن خرجا معًا ، ولم يسبِقْ أحدُهما ، فقالَ أحمَدُ ، فى روايةِ إسحاقَ بنِ إبراهيمَ : يرِثُ من المكانِ الذى ينزِلُ[4] منه أكثرَ . وحُكِىَ هذا عن الأوْزاعِىِّ ، وصاحِبَىْ أبى حنيفَةَ . ووقَفَ فى ذلك أبو حنيفَةَ ، ولم يَعْتَبِرْهُ أصحابُ الشَّافِعِىِّ رَضِىَ اللهُ عنه ، فى أحدِ الوجهَيْنِ . ولَنا ، أنَّها مَزِيَّةٌ لإحدَى العَلامتَيْنِ ، فيُعْتَبَرُ بها ، كالسَّبْقِ . فإنِ اسْتويَا فهو حينَئِذٍ مُشْكِلٌ . فإن ماتَ لهُ مَنْ يرِثُه ، فقالَ الجُمهورُ :

١٢٩/٦و

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث الخنثى ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٦١ . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ١٥٢ .

(٢) تفلك الثدى : استدارته .

(٣-٣) فى ا : « اعتبر بأسبقهما » .

(٤) فى ا : « يبول » .

يُوقَفُ الأَمْرُ حتَّى يبلُغَ ، فيتبَيَّنُ فيه علاماتُ الرِّجالِ[5] ؛ من نباتِ اللحيةِ ، وخروجِ المَنِيِّ من ذَكَرِهِ ، وكَوْنِهِ مَنِيَّ رجلٍ ، أو علاماتُ النِّساءِ ؛ من الحيضِ ، والحَبَلِ ، وتَفَلُّكِ الثديَيْنِ . نصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ المَيْمُونِيِّ . وحُكِيَ عن عَلِيٍّ ، والحسَنِ ، أنَّهما قالا : تُعَدُّ أضلاعُهُ ، فإنَّ أضلاعَ المرأةِ أكثرُ من أضلاعِ الرجُلِ بضِلَعٍ . قالَ ابنُ اللبَّانِ : ولو صحَّ هذا ، لمَا أُشْكَلَ حالُهُ ، ولما احْتِيجَ إلى مُراعاةِ المَبَالِ . وقالَ جابرُ بن زيد : يُوقَفُ إلى جَنْبِ حائطٍ ، فإن بالَ عليْهِ فهو رجلٌ ، وإن شَلْشَلَ بين فَخِذَيْهِ فهوَ امرأةٌ . وليسَ علَى هذا تعويلٌ ، والصَّحيحُ ما ذكَرْناهُ ، إن شاءَ اللهُ تعالَى ، وأنَّهُ يوقَفُ أمْرُهُ ما دامَ صغيرًا ، فإنِ احتيجَ إلى قَسْمِ الميراثِ ، أُعْطِيَ هو ومَنْ مَعَهُ اليَقِينَ ، ووُقِفَ الباقى إلى حينِ بلوغِهِ ، فتُعْمَلُ المسألةُ على أنَّهُ ذكَرٌ ، ثم على أنَّهُ أُنثَى ، وتدفعُ إلى كلِّ وارثٍ أقلَّ النَّصِيبَيْنِ ، وتقِفُ الباقى حتى يبلُغَ . فإن ماتَ قبلَ بلوغِهِ ، أو بلَغَ مُشْكِلًا ، فلم تظْهَرْ فيه علامةٌ ، ورِثَ نصفَ ميراثِ ذكرٍ ، ونصفَ ميراثِ أنثَى . نصَّ عليه أحمدُ ، وهذا قولُ ابنِ عباسٍ ، والشَّعْبِيِّ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وأهلِ المدينةِ ومكَّةَ ، والثَّوْرِيِّ ، واللُّؤْلُؤِيِّ / وشَرِيكٍ ، والحسَنِ بنِ صالحٍ ، وأبى يوسُفَ ، ويحيَى بنِ آدَمَ ، وضِرارِ بن صُرَدٍ ، ونُعَيمِ بنِ حمَّادٍ . وورَّثَهُ أبو حنيفَةَ بأَسْوَإِ حالاتِهِ ، وأعطَى الباقِىَ لسائرِ الوَرَثَةِ . وأعْطاه الشَّافِعِيُّ ومَنْ معه اليَقينَ ، ووقَفَ الباقِىَ حتى يتبَيَّنَ الأَمْرُ ، أو يصطَلِحوا . وبِهِ قال أبو ثَوْرٍ ، وداودُ ، وابنُ جَريرٍ . وورَّثَه بعضُ أهلِ البَصْرَةِ على الدَّعْوَى فيما بَقِيَ بعد اليَقينِ ، وبعضُهم بالدَّعْوَى من أصلِ المالِ . وفيهِ أقوالٌ شاذَّةٌ سِوَى هذه . ولَنا ، قولُ ابنِ عباسٍ ، ولم نعرِفْ لهُ فى الصحابَةِ مُنْكِرًا ، ولأنَّ حالتَيْهِ تساوَتا ، فوجبَتِ التسويَةُ بين حُكْمَيْهِما ، كما لو تداعَى نَفْسانِ دارًا بأَيْديهما ، ولا بَيِّنَةَ لهما . وليس توريثُهُ بأسوإِ أحوالِهِ بأَوْلَى من توريثِ مَنْ معه بذلك ، فتخصيصُهُ بهذا تَحَكُّمٌ لا دليلَ عليهِ ، ولا سبيلَ إلى الوَقْفِ ؛ لأنَّهُ لا غايةَ له تُنْتَظَرُ ، وفيه تضييعُ المالِ مع يَقينِ استحقاقِهم لهُ .

فصل : واختلفَ مَنْ وَرَّثَهُ نِصفَ ميراثِ ذكَرٍ ونِصفَ ميراثِ أنثَى فى كيفيَّةِ

---

(5) فى م : « الرجل » .

١٢٩/٦ ظ

تَوريثِهم ، فذهبَ أكثرُهم إلى أن يُجعَلوا مَرَّةً ذكورًا ، ومرَّةً إناثًا ، وتُعمَلُ المسألةُ على هذا مَرَّةً ، وعلى هذا مَرَّةً ، ثم تضرِبُ إحْداهما فى الأخرَى إن تبايَنَتا ، أو فى وَفْقِهما[٦] إنِ اتفقَتا ، وتَجْتزِئُ بإحْداهما إن تماثَلَتا ، أو بأكثرِهما إن تناسَبَتا ، فتضرِبُهما فى اثنَيْنِ ، ثم تجمَعُ ما لِكُلِّ واحدٍ منهما إن تماثَلَتا ، وتضرِبُ ما لِكُلِّ واحِدٍ منهما فى الأخرَى إن تبايَنَتا ، أو فى وَفْقِهما إنِ اتفقَتا ، فتَدْفَعُه إليه . ويُسَمَّى هذا مذهبَ المُنَزِّلِينَ ، وهو اختيارُ أصحابِنا . وذهبَ الثَّوْرِيُّ ، واللُّؤْلُؤِيُّ ، فى الولدِ إذا كانَ فيهم خُنثَى ، إلى أن يَجْعَلَ للأُنثَى سَهْمَيْنِ ، وللخُنثَى ثلاثةً ، وللذَّكرِ أربعةً ؛ وذلك لأنَّنا نَجْعَلُ للأُنثَى أقلَّ عددٍ له نِصْفٌ ، وهو اثنانِ ، وللذَّكرِ ضِعْفَ ذلك أربعةً ، وللخُنثَى نِصْفَهما ، وهو ثلاثةٌ ، فيكونُ معه نصفُ مِيراثِ ذكرٍ ، ونصفُ ميراثِ أنثَى . وهذا قولٌ لا بأْسَ بهِ . وهذا / القولُ يُوافِقُ الذى قبلَهُ فى بعضِ المواضِعِ ، ويخالفُهُ فى بعضِها ، وبيانُ اختلافِهما ، أنَّنا لو قدَّرْنا ابنًا وبنتًا وولدًا خُنثَى ، لكانت المسألةُ علَى هذا القولِ من تسعةٍ ، للخُنثَى الثُّلُثُ ، وهو ثلاثةٌ ، وعلى القولِ الأوَّلِ مسألةُ الذُّكُورِيَّةِ من خمسةٍ ، والأُنُوثِيَّةِ من أربعةٍ ، تَضْرِبُ إحداهما فى الأخرَى تكُنْ عشرِينَ ، ثم فى اثنينِ تكُنْ أربعينَ ، للبنتِ سهمٌ فى خمسةٍ ، وسهمٌ فى أربعةٍ ، يَكُنْ لها تسعَةٌ ، وللذَّكرِ ثمانيةَ عشرَ ، وللخُنْثَى سهمٌ فى خمسةٍ ، وسهمانِ فى أربعةٍ ، يَكُنْ لهُ ثلاثةَ عشرَ ، وهى دونَ ثُلُثِ الأربعينَ . وقولُ مَنْ ورَّثَهُ بالدَّعْوَى فيما بَقِىَ بعد اليَقينِ يُوافِقُ قولَ المُنَزِّلِينَ فى أكثرِ المواضِعِ ، فإنَّهُ يقولُ فى هذه المسألةِ : للذَّكرِ الخُمُسانِ بيَقينٍ ، وهى ستةَ عشرَ من أربعينَ ، وهو يدَّعِى النِّصفَ[٧] عشرِينَ ، وللبنتِ الخُمُسُ بيقينٍ ، وهى تَدَّعِى الرُّبُعَ ، وللخُنْثَى الرُّبُعُ بيقينٍ ، وهو يَدَّعِى الخمسَيْنِ ، ستةَ عشرَ ، والمختلَفُ فيه ستةُ أسْهُمٍ يدَّعيها الخُنْثَى كلَّها ، فتُعْطِيهِ نصفَها ، ثلاثةً ، مع العشَرَةِ التى معه ، صارَتْ له ثلاثةَ عشرَ ، والابنُ يَدَّعِى أربعةً ، فتُعْطِيهِ نصفَها ، سهمَيْنِ ، صارَ له ثمانيةَ عشرَ ، والبنتُ تَدَّعِى سهمَيْنِ ، فتدفعُ إليها سهمًا ، صارَ لها تسعةً . وقد وَرَّثَه قومٌ بالدَّعْوَى من أصلِ المالِ ، فعلَى قولِهم ، يكونُ الميراثُ فى هذه المسألةِ من ثلاثةٍ وعشرِينَ ؛ لأنَّ المُدَّعَى هٰهُنا نصفٌ ،

١٣٠/٦ و

---

(٦) فى م : « وفقها » .

(٧) فى الأصل ، م زيادة : « من » .

ورُبُعٌ ، وخُمُسانِ ، ومَخْرَجُها عشرونَ ، يُعْطَى الابنُ النِّصفَ ، عشَرَةً ، وللبنتِ خمسةً ، والخُنْثَى ثمانيةً ، تَكُنْ ثلاثةً وعشرينَ . فإن لم يَكُنْ فى المسألةِ بنتٌ ، ففى قولِ الثَّوْرِىِّ : هى من سبعَةٍ . وكذلك قولُ من ورَّثَهما بالدَّعْوَى من أصلِ المالِ ، وفى التنزيلِ من اثنَىْ عشَرَ ، للابنِ سبعةٌ ، وللخُنْثَى خمسةٌ ، وهو قولُ من وَرَّثَهُ بالدَّعْوَى فيما عَدا اليَقينِ . وإن كانَتْ بنتٌ وولدٌ خُنثَى ، ولا عَصبَة معهما ، فهىَ من خمسةٍ ، فى قولِ الثَّوْرِىِّ ، ومن اثنَىْ عشَرَ فى التَّنزِيلِ . وإن كانَ معهما عَصَبَةٌ ، فهىَ من سِتَّةٍ ؛ للخُنْثَى ثلاثةٌ ، وللبنت سهمانِ ، وللعَصَبَةِ / سهمٌ . فى الأقوالِ الثلاثةِ . فإن كانَ معهما أُمٌّ ، وعَصَبَةٌ ، فهىَ فى التَّنزِيلِ من ستةٍ وثلاثينَ ، للأُمِّ سِتَّةٌ ، وللخُنْثَى ستةَ عشَرَ ، وللبنتِ أحدَ عشَرَ ، وللعَصَبَةِ ثلاثةٌ . وقياسُ قولِ الثَّوْرِىِّ أن يكونَ للخُنْثَى والبنتِ ثلاثةُ أرباعِ المالِ بَيْنَهما على خمسةٍ ، وللأُمِّ السُّدُسُ ، ويبقَى نصفُ السُّدُسِ للعَصَبَةِ ، وتصِحُّ من سِتِّينَ . وإن كانَ ولَدٌ خُنثَى ، وعصَبَةٌ ، فللخُنْثَى ثلاثةُ أرباعِ المالِ ، والباقى للعَصَبَةِ ، إلَّا فى قولِ مَنْ ورَّثَهما بالدَّعْوَى من أصلِ المالِ ، فإنَّه يجعَلُ المالَ بَيْنَهما أثلاثًا ؛ لأنَّ الخُنْثَى تَدَّعِى المالَ كُلَّه ، والعصبَةُ تَدَّعِى نِصْفَهُ ، فتُضِيفُ النِّصفَ إلى الكُلِّ ، فيكونُ ثلاثةَ أنصافٍ ، لكلِّ نصفٍ ثُلُثٌ . بنتٌ ، ووَلَدُ ابنٍ خُنثَى وعَمٌّ ، هى فى التَّنزِيلِ من اثنَىْ عَشَرَ ، وتَرْجِعُ بالاخْتصارِ إلى سِتَّةٍ ؛ للبنتِ النِّصفُ ، وللخُنْثَى الثُّلُثُ ، وللعَمِّ السُّدُسُ .

فصل : وإن كانَ الخُنثَى يرِثُ فى حالٍ دونَ حالٍ ، كزوجٍ وأختٍ وولدِ أبٍ خُنثَى ، فمُقْتَضَى قَوْلِ الثَّوْرِىِّ ، أن يُجْعَلَ للخُنْثَى نصفُ ما يرِثُهُ فى حالِ إرْثِهِ ، وهو نصفُ سهمٍ ، فتضمُّهُ إلى سهامِ الباقينَ ، وهى ستةٌ ، ثم تبسُطُها أنصافًا ؛ ليزولَ الكسرُ ، فتصيرَ ثلاثةَ عشَرَ ، له منها سهمٌ ، والباقى بَيْنَ الزَّوْجِ والأختِ نصفَيْنِ . وقد عمِلَ أبو الخطَّابِ هذه المسألَةَ على هذا فى كتابِ « الهدايةِ » . وأمَّا فى التنزيلِ ، فتصِحُّ من ثمانيَةٍ وعشرينَ ، للخُنْثَى سَهْمانِ ، وهى نصفُ سُبْعٍ ، ولكلِّ واحدٍ من الآخَرِينَ ثلاثةَ عشَرَ . وإن كانَ زوجٌ وأُمٌّ وأخوانِ من أُمٍّ وولدُ أبٍ خُنْثَى ، فلَهُ فى حالِ الأُنوثيَّةِ ثلاثةٌ من تسعةٍ ، فاجعَلْ له نصفَها مضمومًا إلى سهامِ باقى المسألةِ ، ثم ابْسُطْها تَكُنْ خمسةَ عشَرَ ، له منها

ثلاثةٌ ، وهى الخُمْسُ . وفى التنزيلِ له ستةٌ من ستةٍ وثلاثينَ ، وهى السُّدُسُ . وإن كانت بنتٌ وبنتُ ابنٍ وولدُ أخٍ خُنْثَى وعَمٌّ ، فهى من ستةٍ ؛ للبنتِ النِّصفُ ، ولبنتِ الابنِ السُّدُسُ ، وللخُنْثَى السُّدُسُ ، وللعَمِّ ما بقِىَ على القَوْلَيْنِ جميعًا .

فصل : وإن خلَّفَ خُنْثَيَيْنِ / فصاعدًا ، نزَّلتَهم بعددِ أحوالِهم فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، فتَجعلُ للاثنَيْنِ أربعةَ أحوالٍ ، وللثلاثةِ ثمانيةً ، وللأربعةِ ستَّةَ عشرَ ، وللخمسةِ اثْنَيْنِ وثلاثينَ حالًا ، ثم تجمَعُ مالَهم فى الأحوالِ كلِّها ، فتقسِّمُه على عددِ أحوالِهم ، فما خرَجَ بالقَسْمِ فهو لَهم ، إن كانوا من جِهَةٍ واحدةٍ ، وإن كانوا من جهاتٍ جَمَعْتَ ما لكُلِّ واحدٍ منهم فى الأحْوالِ ، وقسَّمتَه على عددِ الأحْوالِ كلِّها ، فالخارجُ بالقَسْمِ هو نصيبُه ، وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وضِرَارٍ ، ويحيى بنِ آدمَ . وقولُ محمدِ بنِ الحَسَنِ على قياسِ قولِ الشَّعْبِىِّ . والوجهُ الآخرُ ، أنَّهم يُنَزَّلونَ حالَيْنِ ؛ مَرَّةً ذكورًا ، ومَرَّةً إناثًا ، كما تصنَعُ فى الواحدِ . وهذا قولُ أبى يوسفَ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّهُ يُعْطِى كلَّ واحدٍ بحَسَبِ ما فيه من الاحتمالِ ، فيَعْدِلُ بيْنَهم . وفى الوجهِ الآخرِ يُعْطِى بعضَ الاحتمالاتِ دون بعضٍ ، وهذا تَحكُّمٌ لا دليلَ عليْهِ . وبيانُ هذا فى ولدِ خُنْثَى وولدِ أخٍ خُنْثَى وعَمٍّ ، إن كانا ذكرَيْنِ فالمالُ للولدِ ، وإن كانا أُنْثَيَيْنِ فللولدِ النِّصفُ ، والباقى للعَمِّ ، فهى من أربعةٍ عندَ مَنْ نَزَّلَهم حالَيْنِ ؛ للولدِ ثلاثةُ أرباعِ المالِ ، وللعَمِّ رُبْعُهُ . ومَنْ نَزَّلَهم أحوالًا ، زادَ حالَيْنِ آخرَيْنِ ، وهو أن يكونَ الولدُ وحدَه ذكرًا ، وأن يكونَ ولدُ الأخِ وحدَه ذكرًا ، فتكونَ المسألةُ من ثمانيةٍ ؛ للولدِ المالُ فى حالَيْنِ ، والنِّصفُ فى حالَيْنِ ، فله رُبُعُ ذلك ، وهو ثلاثةُ أرباعِ المالِ ، ولولدِ الأخِ نصفُ المالِ فى حالٍ ، فله رُبُعُه ، وهو الثُّمُنُ ، وللعَمِّ مثلُ ذلك ، وهذا أعدَلُ . ومَنْ قال بالدَّعْوَى فيما زادَ على اليَقينِ ، قال : للأخِ النِّصفُ يَقينًا ، والنِّصفُ الآخَرُ يتداعُونَه ، فيكونُ بينهم أثلاثًا ، وتصِحُّ من ستةٍ . وكذلك الحُكْمُ فى أخٍ خُنْثَى وولَدِ أخٍ ، وفى كلِّ عَصَبَتَيْنِ يحْجُبُ أحدُهما الآخرَ ، ولا يرِثُ المحجوبُ شيئًا إذا كان أُنْثَى . ولو خلَّفَ بنتًا وولدًا خُنْثَى وولدَ ابنٍ خُنْثَى وعَصَبَةً ، فمَنْ نزَّلَهما حالَيْنِ جعلَهما من سِتَّةٍ ؛ للولدِ الخُنْثَى ثلاثةٌ ، وللبنتِ سهمانِ ، والباقى للعَمِّ . ومَنْ نزَّلَهما أربعةَ

٦/١٣١و

١٣١/٦ظ أحوالٍ ، جعَلَها / من اثنَىْ عشَرَ ، وجعَلَ لولدِ الابنِ نصفَ السُّدُسِ ، وللعَمِّ سُدُسَهُ ، وهذا أعدَلُ الطريقَيْنِ ؛ لمَا فى الطريقِ الآخَرِ من إسقاطِ ولدِ الابنِ مع أنَّ احتمالَ تَوْرِيثِه كاحْتمالِ تَوْرِيثِ العَمِّ . وهكذا تصنَعُ فى الثلاثةِ وما كانَ أكثرَ منها . ويكفِى[8] هذا القَدْرُ من هذا البابِ ، فإنَّهُ نادِرٌ قَلَّ ما يُحْتاجُ إليه ، واجْتماعُ خُنْثَيَيْنِ وأكثرَ نادرُ النَّادرِ ، ولم يُسْمَعْ بوجُودِهِ ، فلا حاجَةَ إلى التَّطْويلِ فيهِ .

فصل : وقد وجَدْنا فى عصرِنا شيئًا شبيهًا بهذا ، لم يَذْكُرْه الفَرَضِيُّونَ ، ولم يسْمَعوا به ، فإنَّا وجَدْنا شخصَيْنِ ليس لهما فى قُبُلِهما مَخْرَجٌ ، لا ذَكَرٌ ، ولا فَرْجٌ ، أمَّا أحدُهما فذكَرُوا أنَّه ليس له فى قُبُلِهِ إلا لُحْمَةٌ نابِتَةٌ كالرَّبْوَةِ ، يَرْشَحُ البَوْلُ منها رَشْحًا على الدَّوامِ ، وأرسلَ إلينا يسألُنا عن حُكْمِهِ فى الصلاةِ ، والتحرُّزِ من النَّجاسةِ فى هذه السَّنَةِ ، وهى سنةُ عَشْرٍ وسِتِّمائةٍ . والثانى ، شخصٌ ليس له إلَّا مَخْرَجٌ واحدٌ فيما بينَ الْمَخرجَيْنِ ، منه يتغَوَّطُ ، ومنه يبُولُ . وسألتُ مَنْ أخبرَنى عنه عن زِيِّهِ ، فأخبرَنى أنَّهُ إنَّما يَلْبَسُ لِباسَ النِّساءِ ، ويخالِطُهنَّ ، ويغْزِلُ معهنَّ ، ويَعدُّ نفسَهُ امرأةً . وحُدِّثْتُ أنَّ فى بعضِ بلادِ العَجَمِ شخصًا ليسَ له مَخْرَجٌ أصلًا ، لا قُبُلٌ ، ولا دُبُرٌ ، وإنَّما يتقايَأُ ما يأْكُلُهُ[9] وما يشرَبُهُ[9] ، فهذا وما أشْبَهه فى معنى الخُنْثَى ، إلَّا أنَّهُ لا يُمْكِنُ اعتبارُهُ بمَبالِهِ ، فإن لم يَكُنْ له علامَةٌ أخرَى فهو مُشْكِلٌ ، ينْبَغِى أن يثبُتَ له حُكْمُ الخُنْثَى المُشْكِلِ فى ميراثِهِ وأحكامِهِ كُلِّها . واللهُ تعالى أعلم .

١٠٣٩ – مسألة ؛ قال : (وَابْنُ المُلَاعِنَةِ تَرِثُهُ أُمُّهُ وَعَصَبَتُهَا ، فَإِنْ خلَّفَ أُمًّا وَخالًا فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِىَ فَلِلْخَالِ)

وجملتُهُ ، أنَّ الرجلَ إذا لاعَنَ امرأتَهُ ، ونَفَى ولدَها ، وفرَّقَ الحاكِمُ بيْنَهما ؛ انتفَى

---

(٨) فى م زيادة : « فى » .

(٩ - ٩) فى ا : « ويشربه » .

ولدُها عنهُ ، وانقطَعَ تعْصيبُهُ من جِهَةِ المُلاعِنِ ، فلم يَرِثْهُ هو ولا أحَدٌ من عَصَباتِهِ ، وترِثُ أُمُّهُ وذَوُو الفُروضِ منه فُروضَهم ، وينْقَطِعُ التوارُثُ / بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، لا نَعْلَمُ بَيْنَ أهلِ العلمِ فى هذِه الجملةِ خلافًا . وأمَّا إن ماتَ أحدُهم قبلَ تَمام اللِّعانِ من الزَّوْجَيْنِ ، ورِثَهُ الآخرانِ فى قولِ الجمهورِ . وقالَ الشَّافِعِيُّ ، رضِيَ اللهُ عنهُ : إذا أكْمَلَ[1] الزوجُ لِعانَهُ لم يتوَارَثا . وقال مالِكٌ : إن ماتَ الزوجُ بعدَ لِعانِهِ ، فإن لاعَنَتِ المرأةُ لم تَرِثْ ، ولم تُحَدَّ ، وإن لم تُلاعِنْ ، ورِثَتْ ، وحُدَّتْ . وإن ماتَتْ هى بعد لِعَانِ الزَّوْجِ ، ورِثَها فى قولِ جميعِهم ، إلَّا الشَّافِعِيَّ رضِيَ اللهُ عنهُ . وإن تَمَّ اللِّعانُ بَيْنَهما ، فماتَ أحدُهما قبلَ تفريقِ الحاكِمِ بَيْنَهما ، ففيهِ رِوايتانِ ؛ إحْداهما ، لا يتوارَثانِ ، وهو قولُ مالِكٍ ، وزُفَرَ ، ورُوِىَ نحوُ ذلك عن الزُّهْرِيِّ ، ورَبِيعَةَ ، والأوْزَاعِيِّ ، وداودَ ؛ لأنَّ اللِّعانَ يقْتَضِى التَّحْرِيمَ المؤبَّدَ ، فلم يُعْتَبَرْ فى حصولِ الفُرْقَةِ به التفريقُ بينهما[2] ، كالرَّضاعِ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، يتوارَثانِ مالم يُفَرِّقِ الحاكمُ بَيْنَهما . وهو قولُ أبى حَنيفَةَ ، وصاحِبَيْهِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ فرَّقَ بين المُتَلاعِنَيْنِ ، ولو حصَلَ التفريقُ باللِّعانِ لم يُحْتَجْ إلى تَفْرِيقِهِ . وإن فرَّقَ الحاكِمُ بَيْنَهما قبلَ تَمامِ اللِّعانِ ، لم تقَعِ الفُرْقَةُ ، ولم ينْقَطِعِ التوارُثُ فى قولِ الجمهورِ . وقال أبو حنيفَةَ وصاحِباهُ : إن فرَّقَ بَيْنَهما بعدَ أن تلاعَنا ثلاثًا ، وقعَتِ الفُرْقَةُ ، وانْقَطَعَ التَّوارُثُ ؛ لأنَّه وُجِدَ منهما مُعْظَمُ اللِّعانِ ، وإن فرَّقَ بَيْنَهما قبلَ ذلك ، لم تَقَعِ الفُرْقَةُ ، ولم ينْقَطِعِ التَّوارُثُ . ولَنا ، أنَّه تفريقٌ قبلَ تَمامِ اللِّعانِ ، فأشْبَهَ التفريقَ قبلَ الثلاثِ . وهذا الخِلافُ[3] فى توارُثِ الزَّوجَيْنِ . فأمَّا الولدُ ، فالصَّحيحُ أنَّه يَنْتَفِى عن المُلَاعِنِ إذا تَمَّ اللِّعانُ بَيْنَهما من غيرِ اعتبارِ تفريقِ الحاكِمِ ؛ لأنَّ انتفاءَهُ بنَفْيِهِ ، لا بِقَولِ الحاكِمِ : فرَّقْتُ بَيْنَكما ، فإن لم يذْكُرْهُ فى اللِّعانِ لم ينْتَفِ عن المُلاعِنِ ، ولم ينْقَطِعِ التَّوارُثُ بَيْنَهما . وقالَ أبو بكرٍ : ينْتَفِى بزوالِ الفِراشِ ، وإن لم يذْكُرْهُ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نفَى الوَلَدَ عن المُلاعِنِ ،

١٣٢/٦و

---

(١) فى م : « كمل » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « خلاف » .

وألحقَهُ بأمِّه[٤] ، ولم يذكُرْهُ الرَّجُلُ فى لِعانِه . ويحقِّقُ ذلك أنَّ الولدَ كان حَمْلًا فى البَطْنِ ، فقالَ / النَّبِىُّ ﷺ : « أَنْظِرُوهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أُحَيْمِرَ ، كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ ، حَمْشَ السَّاقَيْنِ ، فَلَا أُرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ[٥] بِهِ جَعْدًا ، جُمَالِيًّا ، خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ ، سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ بِهِ »[٦] على النَّعتِ المكروهِ . إذا ثبَتَ هذا ، عُدْنا إلى مسألةِ الكتابِ ، فنقولُ : اختلَفَ أهلُ العلمِ فى ميراثِ الولَدِ المنفِىِّ باللِّعانِ ، فرُوِىَ عن أحمدَ فيه روايتانِ ؛ إحداهما ، أنَّ عصبَتَهُ عصبَةُ أُمِّه . نقلَها الأثرمُ ، وحنبلٌ . يُرْوَى ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وابنِ عمَرَ . وبه قال الحسَنُ ، وابنُ سيرِينَ ، وجابرُ بن زَيْدٍ ، وعطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والحَسَنُ بنُ صالحٍ ، إلَّا أنَّ عليًّا يجعلُ ذا السهمِ من ذَوِى الأَرحامِ أحقَّ ممَّنْ لا سهمَ له ، وقدَّمَ الرَّدَّ على غيرِه . والرِّوايةُ الثانيةُ ، أنَّ أُمَّهُ عَصَبَتُهُ ، فإن لم يَكُنْ فعصَبَتُها عصَبَتُهُ . نقلَها[٧] أبو الحارِثِ ، ومُهَنَّا . وهذا قولُ ابنِ مسعودٍ . ورُوِىَ نحوُهُ عن علىٍّ ، ومكحولٍ ، والشَّعْبِىِّ[٨] ؛ لما رُوِىَ عن[٩] عمرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ جعَلَ ميراثَ ابنِ الملاعِنَةِ لأُمِّه ولِورثَتِها من بعدِها[١٠] . ورواه أيضًا مكحولٌ ،

١٣٢/٦ظ

---

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب يلحق الولد بالملاعنة ، من كتاب اللعان . صحيح البخارى ٢ / ٥٢٥ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٣ .

وأبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٢ / ٥٢٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٨٩ . والنسائى ، فى : باب نفى الولد باللعان ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٦ . وابن ماجه ، فى : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٨ .

(٥) فى ا : « أتت » .

(٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٧٢ . وقوله : « على النعت المكروه » أى : فجاءت به .

(٧) فى م : « نقله » .

(٨) فى م : « والشافعى » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٢ ، ١١٣ .

عن النبيِّ ﷺ مُرْسَلًا[11] . وروى واثِلَةُ بنُ الأسقَعِ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، قال : « تَحُوزُ المَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ »[12] . وعن عبدِ اللهِ[13] بنِ عُبَيْدِ بنِ عُمَيْرٍ ، وقال : كتبتُ إلى صديقٍ لى من أهلِ المدينةِ من بنى زُرَيْقٍ أسألُهُ عن ولدِ الملاعِنَةِ ، لِمَنْ قضَى به رسولُ اللهِ ﷺ ، فكتبَ إلىَّ : إنِّى سألتُ فأُخبِرْتُ أنَّهُ قضَى به لأُمِّهِ ، هى بمنزلةِ أبيهِ وأُمِّهِ . رواهنَّ أبو دَاوُدَ[14] . ولأنَّها قامَتْ مَقامَ أمِّه وأبيهِ فى انْتِسابِهِ إليها ، فقامَتْ مقامَهما فى حِيازَةِ ميراثِهِ ، ولأنَّ عَصَباتِ الأُمِّ أَدْلَوْا بها ، فلم يرِثوا معَها ، كأقارِبِ الأبِ معه . وكان زيدُ بنُ ثابتٍ يُوَرِّثُ من ابنِ المُلاعِنَةِ ، كما يُوَرِّثُ من غيرِ ابنِ المُلاعِنَةِ ، ولا يجعلُها عصبَةَ ابنِها ، ولا عصبَتَها عَصَبَتَهُ . فإن كانَتْ أُمُّهُ مَوْلَاةً لقومٍ جَعَلَ الباقِىَ من ميراثِها لمَوْلاها ، فإن لم تَكُنْ مولاةً جعلَهُ / لبيتِ المالِ . وعنِ ابنِ عباسٍ نحْوُه ، وبِهِ قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعُرْوَةُ ، وسليمانُ بنُ يَسارٍ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعَةُ ، وأبو الزِّنادِ ، ومالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو حنيفَةَ ، وصاحِباهُ ، وأهلُ البَصْرَةِ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفَةَ وأهلَ البصرةِ جعَلوا الرَّدَّ ، وذَوِى الأرحامِ ، أحقَّ من بيتِ المالِ ؛ لأنَّ الميراثَ إنَّما ثبتَ بالنَّصِّ ، ولا نصَّ فى تَوْرِيثِ الأُمِّ أكثرَ من الثُّلُثِ ، ولا فى تَوْرِيثِ [15]أخٍ من أُمٍّ[15] أكثرَ من السُّدُسِ ، ولا فى تَوْرِيثِ أبِى الأُمِّ وأشْباهِهِ من عَصَباتِ الأُمِّ ، ولا قياسَ أيضا ، فلا وَجْهَ لإثباتِهِ . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِىِّ قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِىَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[16] . وأَوْلَى

١٣٣/٦و

---

(11) أخرجه الدارمى ، فى : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٦٤ .

(12) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(13) فى م : « عبيد الله » .

(14) تقدم تخريج الأحاديث السابقة ، والحديث الأخير أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث ولد الملاعنة ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٥٩ . وقال : رواه أبو داود فى المراسيل ، عن عبد الله عن رجل من أهل الشام أن النبى ﷺ قال : « ولد الملاعنة عصبته عصبة أمه » .

(15-15) فى م : « الأخ من الأم » .

(16) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

الرِّجالِ[١٧] بِهِ أقاربُ أُمِّهِ . وعن عمرَ ، رضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه أَلْحَقَ ولدَ الْملاعِنَةِ بعَصَبَةِ أُمِّهِ . وعن عَلِيٍّ رضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه لمَّا رجَمَ المرأةَ ، دعا أولياءَها ، فقالَ : هذا ابنُكُمْ ترِثُونَهُ ولا يرِثُكم ، وإن جَنَى جِنايَةً فعلَيْكُمْ . حَكاهُ الإمامُ أحمدُ عنه . ولأنَّ الأُمَّ لو كانَتْ عَصَبَةً كأبيه لَحَجَبَتْ إخوتَهُ . ولأنَّ مَوْلاها مولَى أوْلادِها ، فيجِبُ أن تكونَ عَصَبَتُها عصَبَتَهُ ، كالأبِ . فإذا خلَّفَ ابنُ الملاعِنَةِ أُمًّا ، وخالًا ، فلأُمِّهِ الثُّلُثُ بلا خِلَافٍ ، والباقي لخالِهِ ؛ لأنَّهُ عصَبَةُ أُمِّهِ . وعلى الروايَةِ الأخرَى ، هو لها كلُّه . وهذا قولُ عليٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وأبي حنيفةَ ، ومُوَافِقِيهِ ، إلَّا أنَّ ابنَ مَسْعودٍ يُعْطِيها إيَّاهُ ؛ لكَوْنِها عصَبَةً ؛ والباقونَ بالرَّدِّ ، وعند زيدٍ ، الباقي لبيتِ المالِ . فإن كانَ معهما مَوْلَى أُمٍّ ، فلا شيءَ له عندَنا . وقال زيدٌ ، ومَنْ وافقَهُ ، وأبو حنيفَةَ : الباقي لهُ . وإن لم يَكُنْ لأُمِّهِ عصَبَةٌ إلَّا مَوْلاها ، فالْباقي له على الرِّوايَةِ التي اختارَها الْخِرَقِيُّ ، وعلى الأخرَى ، هو للأُمِّ ، وهو قولُ ابنِ مسعودٍ ؛ لأنَّها عَصَبَةُ ابنِها . فإن لم يخلِّفْ إلَّا أُمَّهُ ، فلها الثُّلُثُ بالفَرْضِ ، والباقي بالرَّدِّ ، وهو قولُ عليٍّ وسائرِ من يرَى الرَّدَّ . وفي الرِّوايَةِ الأُخرَى ، لها الباقي بالتَّعْصيبِ . وإن كانَ مع الأُمِّ عصَبَةٌ لها ، فهل يكونُ البَاقي لها أو لَهُ ؟ على رِوايتَيْنِ . وإن كان لها عَصَباتٌ ، فهو لأقْربِهم منها على رِوايَةِ الخِرَقِيِّ ، فإذا كان مَعَها أبوها ، وأخُوها ، فهو لِأَبيها ، وإن كان مكانَ أبيها جَدُّها فهو بَيْنَ أخيها وجَدِّها نِصْفَين ، وإن كان معهم ابنُها ، وهو أخوه لأُمِّه ، فلا شيءَ لِأَخيها ، ويكونُ لأُمِّهِ الثُّلُثُ ، ولأخيه السُّدُسُ ، والبَاقي لأخيه ، أو ابْنِ أخيهِ . وإنْ خلَّف أُمَّه ، وأخاه ، وأُخْتَه ، فلكُلِّ واحِدٍ مِنْهمُ السُّدُسُ ، والبَاقي لِأَخيه ، دُونَ أُخْتِه . وإنْ خَلَّف ابْنَ أُخْتِه[١٨] ، وبِنْتَ أُخْتِه[١٩] ، أو خالَه وخالَتَه ، فالبَاقي للذَّكرِ . وإنْ خلَّفَ أُخْتَه وابنَ أُخْتِه ، فلأُخْتِه السُّدُسُ ، والبَاقي لابنِ أُخْتِهِ ، وعَلى الرِّوايةِ الأُخْرى ، البَاقي لِلأُمِّ في هذه المواضِعِ .

---

(١٧) في م : « الرجل » .

(١٨) في ا : « أخيه » .

(١٩) في الأصل : « أخيه » .

فصل : ابنُ مُلاعِنَةٍ ماتَ ، وتَرَكَ بِنْتًا وبِنْتَ ابْنٍ ومَوْلَى أُمّهِ ، البَاقِى لِمَوْلَى الأُمِّ فى قَوْلِ الجمهورِ . وقال ابنُ مَسْعودٍ : الردُّ أَوْلَى مِنَ المَوْلَى ؛ فإنْ كان معهم أُمٌّ فلها السُّدُسُ ، وفى البَاقى روايتان ؛ إحْداهما : للمَوْلَى ، وهو قولُ الأَكْثَرِينَ . والثانية : لِلْأُمِّ ، وهو قولُ ابْنِ مَسْعودٍ . فإنْ لم يكُنْ معهم مَوْلًى ، فالبَاقى مَرْدودٌ عليهم فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ، والأُخرى[٢٠] ، للأُمِّ . فإنْ كان معهم أَخٌ ، فلا شَىْءَ له بِالفَرْضِ ، وله البَاقى فى روايةٍ ، والأُخْرَى هو للأُمِّ . بِنْتٌ وأَخٌ ، أو ابنُ أَخٍ أو خالٌ ، أو أَبـو أُمٍّ ، أو غَيْرُهـم من العَصبَاتِ ؛ للبِنْتِ النِّصْفُ ، والبَاقى للعَصَبَةِ فى قول العبادِلَةِ . وإنْ كان معها أَخٌ وأُخْتٌ ، أو ابنُ أَخٍ وأُخْتُه ، أو خَالٌ ، أو خالَةٌ ، فالبَاقى للذَّكَرِ وَحْدَه فى قولهم . وقال أبو حنيفَةَ ، وأصحابُه : المالُ للبِنْتِ بالفَرْضِ والردِّ . ورُوِىَ عن علىٍّ عليه السلامُ أَنَّه جَعَلَ ذا السَّهْمِ أَحَقَّ ممَّنْ لا سَهْمَ له ، وأنه وَرَّثَ من ابْنِ المُلاعِنَةِ ذَوِى أَرْحامِه ، كما[٢١] يَرِثُونَ مِنْ غَيْرِه . قال ابنُ اللَّبَّانِ : وليس هذا مَحْفُوظًا عن علىٍّ ، إنّما المَشْهورُ عنه قولُه لأَولياءِ المَرْجومَةِ عن ابْنِها : هذا ابْنُكم ، تَرِثونَهُ ، ولا يَرِثُكم ، وإنْ جَنَى جنايةً فعليكم . وفسَّر القاضى قولَ أحمدَ : إنْ لم تكُنْ أُمٌّ فَعَصبَتُها عَصبَتُه . بتقديمِ الردِّ على عَصبَةِ الأُمِّ ، كقولِه فى أُختٍ وابْنِ أَخٍ : المالُ كلُّه للأُخْتِ . وهذا تَفْسيرٌ للكلامِ بضِدِّ ما يَقْتَضِيـه[٢٢] ، وحَمْلُ اللَّفْظِ على خلافِ ظاهرِه ، وإنَّما هذه الرِّوايةُ ، كمَذْهَبِ ابنِ مَسْعودٍ ، وروايةُ الشَّعْبِىِّ عن علىّ ، وعبدِ اللهِ أنَّهما قالا : عَصَبَةُ ابْنِ المُلاعِنَةِ أُمُّهُ ، تَرِثُ مالَه أَجْمَعَ ، فإنْ لم تكُنْ أُمٌّ ، فعَصَبَتُها عَصَبَتُه . امرأةٌ ، وجدَّةٌ ، وأُخْتانِ وابْنُ أَخٍ ، للمرأةِ الرُّبُعُ ، وللجَدّةِ السُّدُسُ ، وللأُخْتَيْنِ الثُّلُثُ ، والبَاقى لابْنِ الأَخِ ، فى الروايتَيْنِ جميعًا . وقال أبو حنيفَةَ : البَاقى يُرَدُّ على الأُخْتَيْنِ والجدَّةِ . وهو قولُ القاضى فى الروايةِ الثَّانيةِ . أبو أُمٍّ ، وبِنْتٌ وابْنُ أَخٍ وبِنْتُ أَخٍ . الباقى لابْنِ الأَخِ وَحْدَه . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ لأَبِى[٢٣] الأُمِّ

---

(٢٠) فى م زيادة : « هو » .

(٢١) فى م زيادة : « لا » .

(٢٢) فى م : « يقضيه » .

(٢٣) فى م : « لأب » .

سُدُسُ باقى المالِ ، وخَمْسَةُ أَسْداسِهِ لابْنِ الأَخِ . وقال أبو حنيفةَ : المالُ بَيْنَ أُمِّ الأُمِّ والبِنْتِ ، على أَرْبَعَةٍ ، بِالْفَرْضِ والرَّدِّ .

فصل : فإنْ لم يَتْرُكِ ابْنُ المُلاعِنَةِ ذا سَهْمٍ ، فالمالُ لِعَصَبَةِ أُمِّهِ فى قولِ الجماعةِ . وقد رُوِىَ ذلك عَنْ علىٍّ . وقال أبو حنيفةَ ، وأصحابُه : هو بَيْنَ ذَوِى الأَرْحامِ ، كمِيراثِ غَيْرِه ، ورَوَوْه عن علىٍّ عليه السلامِ . وذلك مثلُ خالٍ وخالَةٍ ، وابْنِ أَخٍ وأُخْتِهِ . المالُ للذَّكَرِ ، وفى قول أبى حنيفةَ ، هو بينهما فى المسْأَلَتَيْنِ نِصْفَيْنِ . خَالَةٌ لأَبٍ وأُمٍّ وخالٌ لأَبٍ ، المالُ للخالِ . وقال أبو حنيفةَ : هو للخالَةِ . خالةٌ وبنتُ بنتٍ ، المالُ بينهما على أربعةٍ . وإذا لم يُخلِّف ابنُ المُلاعِنَةِ إلَّا ذَا رَحِمٍ فحُكْمُهم فى ميراثِه ، كحُكْمِهم فى مِيَراثِ غَيْرِه ، على ما تقدَّم شَرْحُه .

فصل : وإذا قُسِّم ميراثُ المُلاعِنَةِ ، ثم أَكْذَبَ المُلاعِنُ نَفْسَه ، لحِقَه الولدُ ، ونُقِضَتِ القِسْمَةُ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَلْحَقُه[٢٤] النَّسَبُ بعدَ مَوْتِه ، إلَّا أنْ يكُونا تَوْأَمَيْنِ ، ماتَ أحدُهما ، وأَكْذَبَ نَفْسَهُ ، والآخرُ باقٍ ، / فيَلْحَقَه نَسَبُ البَاقى والميِّتِ معًا ، وقد مضَى الكلامُ مَعَه فى غيرِ هذا الموْضِعِ .

٦/١٣٤ظ

فصل : ولو كان المَنْفِىُّ باللِّعانِ تَوْأَمِين ، ولهما أخٌ[٢٥] آخرُ من الزَّوجِ لم يَنْفِه ، فماتَ أحدُ التَّوْأَمينِ، فميراثُ تَوْأَمِه منه كمِيراثِ الآخَرِ، فى قولِ الجمهورِ. وقال مالكٌ : يرثه تَوْأَمُه مِيراثَ أخٍ[٢٥] لأَبوَيْنِ ؛ لأنّه أَخُوهُ لأَبوَيْه ، بدليلِ أنَّ الزَّوْجَ لو أَقرَّ بأَحَدِهما لَحِقَه الآخَرُ . وهذا أَحَدُ الوَجْهَينِ لأَصْحابِ الشَّافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ولَنا ، أَنَّهما تَوْأَمانِ ، لم يثْبُتْ لهما أبٌ يَنْتَسِبانِ إليه ، فَأَشْبَها تَوْأَمَىِ الزَّانيةِ ، ولا خِلافَ

---

(٢٤) فى م : « يلحق » .

(٢٥) فى م : « ابن » .

فِي تَوْأَمَي الزَّانيةِ ، وفارَقَ هذا ما إذا اسْتَلْحَقَ أحدَهما ؛ لأنَّه يَثْبُتُ باستِلْحاقِه أنَّه أبوهما[٢٦] .

فصل : قولُهم : إنّ الأمَّ عَصَبَةُ وَلَدِها ، وإنَّ عَصَبَتَها عَصَبتُه . إنَّما هو فى الميراث خاصَّةً ، كقَوْلنا فى الأخواتِ مع البَناتِ ، فعلى هذا لا يَعْقِلون عنه ، ولا يَثْبتُ لهم ولايةُ التَّزويجِ ، ولا غَيْرُه . وهذا قولُ الأكثرِينَ . ورُوِىَ عن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال لأولياءِ المَرْجومةِ فى ولدِها : هذا ابْنُكم يَرِثُكُم ولا تَرِثُونَه ، وإنْ جَنى فَعَليكم . ورُوِىَ هذا عن عبدِ اللهِ ، وإبراهيمَ . ولَنا ، أنَّهم إنَّما يَنْتَسِبونَ إليه بِقَرابةِ الأمّ ، فلم يَعْقِلوا عنه ، ولم يَثْبتْ عنهم ولايةُ التَّزويجِ ، كما لو عَلِمَ أبوه ، ولا يلزمُ من التَّعْصيبِ فى الميراثِ التَّعْصيبُ فى العَقْلِ والتَّزويجِ ، بدليلِ الأخواتِ مع البناتِ . فأمَّا إنْ أعْتَقَ ابنُ المُلاعِنَةِ عَبْدًا ، ثم [٢٧]مات ، ثم[٢٧] ماتَ المَوْلَى ، وخَلَّفَ أُمَّ مَوْلاه ، وأخا مَوْلاه ، احْتَمَلَ أنْ يَثْبُتَ لهما الإرْثُ بالولاءِ ؛ لأنَّ التَّعْصيبَ ثابتٌ . وحُكِىَ ذلك عن أبى يوسفَ . وهل يكونُ للأمِّ أو للأخِ ؟ على الرِّوايتين ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَثْبُتَ لهما ميراثٌ ؛ لأنَّ النِّساءَ لا يَرِثْنَ من الوَلاءِ ، إلّا ما[٢٨] أعْتَقْنَ ، أو أعْتَقَ مَنْ أعتقْنَ ، فكذلك مَنْ يُدْلِى بهنّ ، وما ذكرناه للاحْتمالِ الأوَّلِ يَبْطُلُ بالأخواتِ مع البناتِ ، وبمن عصَّبهنَّ أخوهُنَّ من الإناثِ .

فصل : فى ميراثِ ابْنِ ابْنِ المُلاعِنَةِ إذا خَلَّف أُمَّه وأُمَّ أبيه ، وهى المُلاعِنَةُ ، فلأُمِّهِ الثُّلُثُ ، والبّاقى لها بالرَّدِّ . وهذا قول علىٍّ . / وعلى الرِّوايةِ الأخرى ؛ الباقى لأمِّ أبيه ؛ ٦/١٣٥و لأنَّهما عَصَبَةُ أبيه . وهذا قولُ ابنِ مَسْعودٍ . ويُعايَى بها فيُقال : جدَّةٌ وَرِثَتْ مع أمٍّ أكبرَ منها . وإنْ خَلَّف جَدَّتَيْه ، فالمالُ بينهما بالفَرْضِ والرَّدِّ ، على قول علىٍّ . وفى قولِ ابنِ مَسْعودٍ ، السُّدُسُ بينهما فرضًا ، وباقى المالِ لأمِّ أبيه . أمُّ أمٍّ وخالُ أبٍ لأمٍّ ؛ للأمِّ

---

(٢٦) فى ا : « أبوه » .

(٢٧ – ٢٧) سقط من : م .

(٢٨) فى م : « من » .

السُّدُسُ . وفى البَاقى قولان ؛ أحدهما ، أنَّه لها بالرَّدِّ . والثّانى ، لخالِ الأبِ ، وفى قولِ عليٍّ ، الكُلُّ للجَدَّةِ . خالٌ وعَمٌّ وخالُ أبٍ وأبو أُمِّ أبٍ ، المالُ للعمِّ ؛ لأنَّه ابنُ[٢٩] المُلاعِنَةِ ، فإنْ لم يكنْ عمٌّ فلأبى أمِّ الأبِ ؛ لأنَّه أبُوها ، فإنْ لم يكُنْ فلخالِ الأبِ ، فإنْ لم يكُنْ فللْخالِ ؛ لأنَّه ذو رَحِمه . بِنْتٌ وعَمٌّ ، للبِنْتِ النِّصْفُ ، والبَاقى للعَمِّ . وفى قولِ عليٍّ : الكُلُّ للبِنْتِ ؛ لأنَّه يُقَدِّمُ الرَّدَّ على تَورِيثِ عَصَبَةِ أُمِّه . بِنْتٌ وأُمٌّ وخالٌ ، المالُ بَيْنَ البِنْتِ والأُمِّ عَلى أربعةٍ ، بالفَرْضِ والرَّدِّ ، ولا شىءَ للخالِ ؛ لأنَّه ليس بِعَصَبَةِ المُلَاعِنَةِ ، ولو كان بَدَلَ الخالِ خَالُ أبٍ ، كان الباقى له ؛ لأنَّه عَصَبَةُ المُلاعِنَةِ . فأمَّا ابنُ ابنِ ابنِ المُلاعِنَةِ ، فإذا خَلَّفَ عَمَّه وعَمَّ أبيه ، فالمالُ لعَمِّهِ ؛ لأنَّه عَصَبَتُه ، وهذا يَنْبغِى أنْ يكونَ إجْماعًا . وقد قال بعضُ النّاسِ : يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ عَمُّ الأبِ أوْلى ؛ لأنَّه ابنُ المُلاعِنَةِ . وهذا غلطٌ بَيِّنٌ ؛ لأنَّ العَصَباتِ إنّما يُعْتَبَرُ أقْرَبُهم من المَيِّتِ ، لا مِن آبائِه . وإنْ خَلَّفَ ثلاثَ جَدَّاتٍ مُتَحاذِياتٍ ، فالسُّدُسُ بينهنَّ ، والبَاقِى رَدٌّ عليهنَّ ، فى إحْدى الرِّوايتينِ ، وهو قولُ عليٍّ . وفى الثّانية لأُمِّ أبى أبيهِ . وهو قولُ ابْنِ مَسْعودٍ ، وإنْ خَلَّفَ أُمَّه ، وجَدَّتَه ، وجدَّةَ أبيه ، فلأُمِّهِ الثُّلُثُ ، ولا شَىْءَ لجدَّتِه ، وفى الباقى روايتانِ ؛ إحداهما ، يُرَدُّ على الأُمِّ . والثانيةُ ؛ لجِدَّةِ أبيه . وإنْ خلَّف خالَه وخالَ أبيه وخالَ جَدِّه ، فالمالُ لخالِ جَدِّه ، فإنْ لم يكنْ فلِخَالِه ، ولا شىءَ لخالِ أبيه . فأمَّا وَلَدُ بِنْتِ المُلاعِنَةِ ، فليستْ المُلاعِنَةُ عَصَبَةً لهم فى قولِ الجميعِ ؛ لأنَّ لهم نَسبًا معروفًا مِنْ جهةِ أبيهم ، وهو زوجُ بِنْتِ المُلاعِنَةِ . ولو أَعْتَقَتْ بِنْتُ / المُلاعِنَةِ عَبْدًا ثمّ ماتتْ ، ثم ماتَ المَوْلَى ، وخلَّفَ أُمَّ مَوْلاتِه ، وَرِثَتْ مَالَ المَوْلَى ؛ لأنَّها عَصَبَةٌ لبنتِها ، والبِنْتُ عَصَبَةٌ لمولاها فى أحدِ الوجهين ، وقَدْ ذَكَرْناهما فى ابنِ المُلاعِنَةِ .

١٣٥/٦ ظ

فصل : والحُكْمُ فى ميراثِ وَلَدِ الزِّنى فى جميعِ ما ذكرنا ، كالحُكْمِ فى وَلَدِ المُلاعِنَةِ ، على ما ذكرنا من الأقْوالِ ، والاخْتِلافِ ، إلَّا أنَّ الحَسَنَ بنَ صالحٍ قال : عَصَبَةُ وَلَدِ الزِّنَى سائرُ المسلمين ؛ لأنَّ أُمَّه ليستْ فِراشًا ، بخلافِ وَلَدِ المُلاعِنَةِ . والجمهورُ على التَّسْوِيَةِ بينهما ؛ لانْقِطاعِ نَسَبِ كُلِّ واحدٍ منهما من أبيه ، إلَّا أنّ وَلَدَ

(٢٩) فى م : « أبو » .

الْمُلاعِنَةِ يَلْحَقُ المُلاعِنَ إذا استَلْحَقَه ، وولدُ الزِّنَى لا يَلْحَقُ الزّانِىَ فى قولِ الجمهورِ وقال الحسَنُ ، وابنُ سيرِينَ : يَلْحَقُ الواطِئَ[30] إذا أُقيمَ عليه الحدُّ ويَرِثُه . وقال إبراهيمُ : يَلْحقُه إذا جُلِدَ الْحَدّ ، أو مَلَكَ المَوْطوءَةَ . وقال إسحاقُ : يَلْحَقُه . وذُكِرَ عن عُرْوَةَ ، وسليمانَ بنِ يَسارٍ نحوُه . ورَوَى علىُّ بنُ عاصِمٍ ، عن أبى حنيفةَ ، أنَّه قال : لا أرَى بأسًا إذا زَنَى الرّجلُ بالمرأةِ فحمَلَتْ منه ، أن يتزوّجَها مع حَمْلها ، ويستُرَ عليها ، والولدُ ولدٌ له . وأَجْمَعُوا على أنَّه إذا وُلِد على فِراشِ رَجُلٍ ، فادَّعاه آخرُ ، أنَّه لا يَلْحَقُه ، وإنَّما الخِلافُ فيما[31] إذا وُلِد على غَيْرِ فراشٍ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ »[32] . ولأنَّه لا يَلْحَقُ به إذا لم يَسْتَلْحِقْه ، فلم يَلْحَقْ به بحالٍ ، كما لو كانتْ أُمُّه فِراشًا ، أو كما لو لم يُجْلَدِ الحدَّ عندَ مَن اعْتَبرَه .

١٠٤٠ – مسألة ؛ قال : (والْعَبْدُ لَا يَرِثُ ، وَلَا مَالَ لَهُ ، فَيُورَثُ عَنْهُ)

لا أعْلَمُ[1] خلافًا فى أنَّ العبدَ لا يَرِثُ ، إلَّا ما رُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ ، فى رَجُلٍ ماتَ وترَكَ أبًا مملوكًا ، يُشْتَرى من مالِه ، ثم يُعْتَقُ ، [2]ثم يَرِثُ[2] . وقاله الحسنُ ، وحُكِىَ عن طاوسٍ ، أنَّ العبدَ يَرِثُ ، ويكونُ ما وَرِثَه لسيِّده ، ككَسْبِه ، وكما لو وصَّى له ، ولأنَّه تَصِحُّ الوصيّةُ له ، فيَرِثُ كالْحَمْلِ[3] . ولَنا ، أنَّ فيه نَقْصًا مَنَعَ كَوْنَه مَوْرُوثًا ، فمنَعَ كَوْنَه وارثًا ، كالمُرْتدِّ ، ويفارِقُ الوَصِيَّةَ / فإنَّها تصحُّ لمَوْلاه ولا ميراثَ له ، وقياسُهم يَنْتَقِضُ بمُخْتَلِفِي الدِّين . وقولُ ابنِ مسعودٍ لا يصحُّ ؛ لأنَّ الأبَ رَقِيقٌ حينَ مَوْتِ ابنِه ، فلم يَرِثْه ، كسائِرِ الأقارِبِ ؛ وذلك لأنَّ الميراثَ صار لأهْلِه بالمَوْتِ ، فلم يَنْتَقِلْ عنهم إلى غيرِهم . وأجْمعوا

٦/١٣٦و

---

(٣٠) فى ا : « بالواطئ » .
(٣١) سقط من : ا .
(٣٢) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٣١٦ .
(١) فى م : « نعلم » .
(٢ – ٢) فى م : « فيرث » .
(٣) فى م : « الحمل » .

على أنَّ المملوكَ لا يُورَثُ ؛ وذلك لأنَّه لا مالَ له فيورثُ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ ، ومَنْ قال : إنَّه يملكُ بالتمليكِ . فَمِلْكُه ناقصٌ غيرُ مُستقرٍّ ، يزولُ إلى سيِّده بزوالِ مِلْكِه عَنْ رَقَبَتِه ، بدليلِ قَوْلِه عليه السَّلامُ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »[٤] . ولأنَّ السَّيِّدَ أحقُّ بمنافِعه وأكسابِه فى حياتِه ، فكذلك بَعْدَ مماته . وممَّنْ رُوِىَ عنه أنَّ العَبْدَ لا يَرِثُ ، ولا يُورثُ ، ولا يَحْجُبُ : علىٌّ ، وزيدٌ . وبه قال الثَّورىُّ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ .

فصل : ويَرِثُ الأَسيرُ الذى مع الكُفَّارِ إذا عُلِمتْ حياتُه . فى قولِ عامَّةِ الفقهاءِ ، إلَّا سعيدَ بنَ المُسَيَّبِ ، فإنَّه قالَ : لا يرثُ ؛ لأنَّه عَبْدٌ . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ الكفَّارَ لا يَمْلِكونَ الأَحْرارَ بالقَهْرِ ، فهو باقٍ على حُرِّيَّتِه ، فَيَرِثُ ، كالمُطْلَقِ .

فصل : والمُدَبَّرُ ، وأُمُّ الولدِ ، كالقِنِّ ؛ لأنَّهم رقيقٌ ، بدليلِ أنَّ النبىَّ ﷺ بَاعَ مُدَبَّرًا[٥] . وأُمُّ الولدِ مَمْلوكةٌ ، يجوزُ لسيِّدها وَطْؤُها ، بحُكْمِ المِلْكِ ، وتزويجُها وإجارتُها . وحُكْمُها حُكْمُ الأَمَةِ فى جميعِ أَحْكامِها ، إلَّا فيما يَنْقلُ المِلْكَ فيها أو يُرادُ له كالرَّهْنِ .

فصل : فأمَّا المُكاتَبُ ، فإن لم يَمْلِكْ قَدْرَ ما عليه فهو عبدٌ ، لا يَرِثُ ، ولا يُورَثُ ، وإنْ مَلَكَ قَدْرَ ما يُؤَدِّى ، ففيه روايتانِ ؛ إحْداهما ، أنَّه عَبْدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ ، لا يَرِثُ ، ولا يُورَثُ . رُوِىَ[٦] ذلك عن عمرَ ، وزَيْدِ بنِ ثابتٍ ، وابنِ عمرَ ، وعائشةَ ، وأُمِّ سَلَمَةَ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، والشَّافِعىِّ رضىَ اللهُ عنهُ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن ابنِ المُسَيَّبِ ، وشُرَيْحٍ ، والزُّهْرِىِّ ، نحوُه ؛ لما رَوَى أبو داودَ[٧] بإسْنادِه ، عن عمرو بن شُعَيْبٍ ، عن

---

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢١ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع ، وفى : باب بيع المدبر ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣ / ١٠٩ ، ١٩٢ . ومسلم ، فى : باب جواز بيع المدبر ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٨٩ . وابن ماجه ، فى : باب المدبر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٠ . والدارمى ، فى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٥٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٠١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٩٠ .

(٦) فى م : « يروى » .

(٧) فى : باب فى المكاتب يؤدى بعض كتابته ... ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢ / ٣٤٦ . =

أبيه ، عن جدِّه ، أنّ النبيَّ ﷺ / قال : « المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » وفى لَفظ ، أنّ النبيَّ ﷺ قال : « أيُّما عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ ، فَهُوَ عَبْدٌ ، وأيُّما عَبْدٍ كَاتَبَ عَلى مِائَةِ دِينَارٍ ، فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ ، فَهُوَ عَبْدٌ » . وعن محمدِ بنِ المُنْكَدِرِ ، وعمرَ بن عبدِ اللهِ مَوْلى غُفْرَةَ ، وعبدِ اللهِ بنِ عُبَيْدةَ[8] أنّ النبيَّ ﷺ قال لِعَتّابِ بنِ أَسِيدٍ : « مَنْ كَاتَبَ مُكَاتَبًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَقْضِيَ كِتَابَتَهُ »[9] .

وقال القاضى ، وأبو الخطَّابِ : إذا أدَّى المُكاتَبُ ثلاثةَ أرباعِ كتابتِه ، وعَجزَ عن الرُّبعِ ، عَتَقَ ؛ لأنّ ذلك يَجِبُ إيفاؤُه للمُكاتَبِ ، فلا يجوزُ إبقاؤُه على الرِّقِّ لِعَجْزِه عَمّا يَجِبُ رَدُّهُ إليه . والرِّوايةُ الثانيةُ ، أنَّه إذا مَلَكَ ما يُؤدِّى ، فقدْ صارَ حُرًّا ، يَرِثُ ، ويُورَثُ ، فإذا ماتَ له مَنْ يَرِثُه وَرِثَ ، وإنْ ماتَ فلسيِّدِه بَقِيَّةُ كتابتِه ، والباقى لِوَرَثَتِه ؛ لما رَوَى أبو داودَ[10] ، بإسنادِه عن أمِّ سَلَمَةَ ، قالت : قال لنا رسولُ اللهِ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . ورَوَى الحَكَمُ ، عن عليٍّ وابنِ مَسْعودٍ ، وشُرَيْحٍ : يُعْطَى سيِّدُه من تَرِكَتِه ما بَقِيَ من كتابتِه ، فإنْ فَضَلَ شىءٌ ، كان لورثةِ المُكاتَبِ . ورُوِيَ نَحوُه عن الزُّهْرِيِّ . وبه قال ابنُ المُسيَّبِ . وأبو سَلَمةَ بنُ عبدِ الرحمنِ ، والنَّخَعيّ ، والشَّعْبيّ ، والحسنُ ، ومنصورٌ ، ومالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، غيرَ أنَّ مالكًا جَعَلَ مَنْ كان معه فى كِتابتِه أَحَقَّ ممَّنْ لم يكُنْ مَعَه . قال فى مُكاتَبٍ

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٥ . وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٧٨ ، ١٨٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٩ .

(٨) فى م : « عبدة » . وانظر : تهذيب التهذيب ٥ / ٣٠٩ .

(٩) ذكره السيوطى فى الجامع الكبير ١ / ٨٢٥ . وقال : أخرجه عبد الرزاق .

(١٠) فى : باب فى المكاتب يؤدى بعض كتابته فيعجز أو يموت ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢ / ٣٤٦ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٥ ، ٢٦٦ . وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٨٩ ، ٣٠٨ ، ٣١١ .

هَلَكَ ، وله أَخٌ معه فى الكِتابةِ ، وله ابْنٌ ، قال : ما فَضَلَ من كتابتِه لِأَخيه دون ابْنِه . وجعَله أبو حنيفةَ عبدًا ما دام حيًّا ، فإذا[11] ماتَ أدَّى من تَرِكتِه باقىَ كتابتِه ، والباقى لِوَرَثَتِه . ورُوِىَ عن عمرَ ، رضىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال على المنبرِ : إنَّكم مُكاتِبُون مُكاتَبِينَ[12] ، فأيُّهم أدَّى النِّصْفَ ، فلا رِقَّ عليه . وعن علىٍّ ، إذا أدَّى النِّصْفَ فهْوَ حُرٌّ . وعن عُرْوَةَ نَحْوُه . وعن الحسن ، إذا أدَّى الشَّطْرَ فهو غريمٌ . وعن ابنِ مسعودٍ ، وشُرَيْح / نحوُه. وعن ابنِ مسعودٍ ، إذا أدَّى ثُلُثًا أو رُبْعًا فهو غريمٌ. وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، إذا كتبَ الصَّحيفةَ فهو غريمٌ . وعن علىٍّ رضى اللهُ عنه ، قال : تَجْرِى العَتاقَةُ فى المُكاتَبِ فى أوَّلِ نَجْمٍ . يعنى يَعْتِقُ منه بقدرِ ما أدَّى . وعنه أنَّه قال : يَرِثُ ، ويَحْجُبُ ، ويَعْتِقُ منه ، بِقَدْرِ ما أدَّى . وقد رَوَى حَمّادُ بنُ سَلَمَةَ ، عن أيُّوبَ ، عن عِكْرِمَةَ ، عن ابنِ عَبَّاسٍ ، عن النَّبِىِّ ﷺ قال : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ حَدًّا أَوْ مِيرَاثًا ، وَرِثَ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَأُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ »[13] . وفى رواية « يُؤَدِّى الْمُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ دِيَةَ الْحُرِّ ، وقَدْرِ مَا رَقَّ مِنْهُ دِيَةَ الْعَبْدِ » . قال يحيى بنُ أبى كَثِيرٍ : وكان علىٌّ ومَرْوانُ بنُ الحكَمِ يقولان ذلك . وقد رُوِىَ حديثُ ابنِ عبَّاسٍ ، عن عِكْرِمَةَ ، عن النَّبىِّ ﷺ مُرْسَلًا ، والحديثُ الذى رَوَيْناه لقولِنا أصحُّ منه ، ولا أعلمُ أحدًا من الفقهاءِ قال بهذا ، وما ذكَرْناه أوْلًا أوْلَى ، واللهُ أعلمُ .

١٣٧/٦و

١٠٤١ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يَرِثُ ، وَيُورَثُ ، ويَحْجُبُ عَلَى مِقْدَارِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ)

وجملتُه أنَّ المُعْتَقَ بَعْضُه إذا كَسَبَ مالًا ، ثم ماتَ وخلَّفه ، نُظِرَ فيه ؛ فإنْ كان كَسَبَه

---

(١١) فى الأصل ، ا : « وإن » .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى دية المكاتب ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢ / ٥٠٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٤ . والنسائى ، فى : باب دية المكاتب ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤٠ ، ٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٢٠ ، ٢٦٠ ، ٢٩٢ ، ٣٦٩ .

بجُزْئِه الحرِّ ، مثلُ أن كان قد هَايَأَ سيِّدَه على مَنْفَعَتِه ، فاكتسبَ فى أيَّامِه ، أو وَرِثَ شيئًا ، فإنَّ الميراثَ إنَّما يَسْتَحِقُّه بجُزْئِه الحُرِّ ، أو كان قد قاسمَ سيِّدَه فى حياتِه ، فتَرِكَتُه كلُّها لوَرَثَتِه ، لا حَقَّ لمالكِ باقِيه فيها . وقال قومٌ : جميعُ ما خلَّفه بينه وبينَ سيِّدِه . قال ابنُ اللَّبَّان : هذا غلَطٌ ؛ لأنَّ الشَّريكَ إذا استَوْفَى حَقَّه من كَسْبِه مَرَّةً ، لم يَبْقَ له حَقٌّ فى الباقى ، ولا سبيلَ له على ما كَسَبَه بنِصْفِه الحُرِّ ، كما لو كان بين شَرِيكَيْنِ فاقْتَسما كَسْبَه ، لم يكُنْ لأحدِهما حَقٌّ فى حِصَّةِ الآخرِ ، والعَبْدُ يَخْلُفُ أحدَ الشَّرِيكَيْنِ فيما عَتَق منه . فأمَّا إنْ لم يكُنْ كَسَبَهُ بجُزْئِه الحُرِّ خاصَّةً ، ولا اقْتَسَما كَسْبَه ، /فلِمالكِ باقِيه من تَرِكَتِه بقَدْرِ مِلْكِه فيه ، والبَاقى لِوَرَثَتِه . وإنْ مات له مَنْ يَرِثُه ، فإنَّه يَرِثُ ، ويُورَثُ ، ويَحْجُبُ على قدرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ . وهذا قولُ على ، وابنِ مسعودٍ ، رضى الله عنهما ، وبه قال عثمانُ البَتِّىُّ ، وحَمْزَةُ الزَّيَّاتُ ، وابنُ المُباركِ ، والمُزَنِىُّ ، وأَهْلُ الظَّاهِرِ . وقال زيدُ بنُ ثابتٍ : لا يَرِثُ ، ولا يُورَثُ ، وأحكامُه أحْكامُ العبدِ . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، فى القديمِ . وجعَلا مَالَه لمالكِ باقِيه . قال ابنُ اللَّبَّانِ : هذا غلَطٌ ؛ لأنَّه ليس لمالكِ باقِيه على ما عَتَق منه مِلْكٌ ، ولا وَلاءٌ ، ولا هو ذو رَحِمٍ . قال ابنُ سُرَيج : يَحْتَمِلُ على قولِ الشَّافعىِّ رضى الله عنه القديمِ ، أن يُجْعَلَ فى بيتِ المالِ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيما كَسَبه بجُزْئِه الحُرِّ . وقال الشَّافِعِىُّ فى الجديدِ : ما كَسَبه بجُزْئِه الحُرِّ لورَثَتِه ، ولا يَرِثُ هو ممَّن ماتَ شيئًا . وبه قال طاوسٌ ، وعمرو بنُ دينارٍ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال ابنُ عَبَّاسٍ : هو كالحُرِّ فى جميعِ أحْكامِه ، فى تَوْرِيثِه ، والإِرْثِ منه ، وغيرِهما . وبه قال الحسنُ ، وجابرُ بنُ زَيْدٍ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، واللُّؤْلُؤِىُّ ، ويحيى بنُ آدمَ ، وداودُ . وقال أبو حنيفةَ : إنْ كان الذى لم يَعْتِقِ استَسْعَى العَبْدَ ، فله من تَرِكَتِه سِعَايتُه ، وله نِصْفُ وَلائِه ، وإنْ كان أغْرَمَ الشَّرِيكَ ، فولاؤُه كُلُّه للذى أعْتَقَ بَعْضَه . ولَنا ، ما رَوى عبدُ الله بنُ أحمدَ ، حدثنا الرَّمْلِىّ ، عن يزيدَ ابنِ هارونَ ، عن عِكْرِمَةَ ، عن ابنِ عَبّاسٍ ، أنّ النَّبِىَّ ﷺ قال فى العبد يَعْتِقُ بعضُه :

١٣٧/٦ ظ

« يَرِثُ وَيُورَثُ على قَدْرِ ما عتَقَ مِنْهُ »(١) . ولأنَّه يجبُ أن يثبُتَ لكلِّ بعضٍ حُكْمُه ، كما لو كان الآخرُ مِثْلَه ، وقياسًا لأَحَدِهما على الآخرِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالتَّفْريعُ على قَوْلِنا ؛ لأنَّ العملَ على غَيْرِه واضِحٌ . وكيفيَّةُ تَوْرِيثِه أنْ يُعْطَى مَنْ له فَرْضٌ بقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ مِنْ فَرْضِه ، وإنْ كان عَصَبَةً نُظِرَ ماله / مَعَ الحُرِّيَّةِ الكامِلَةِ ، فأُعْطِىَ بقدرِ ما فيه منها ، وإنْ كانا عَصَبَتَيْنِ لا يَحْجُبُ أَحَدُهما الآخَرَ ، كابْنينِ نِصْفُهما حُرٌّ ، ففيه وجهان ؛ أحدُهما ، تُكمَّلُ الحُرِّيَّةُ فيهما ، بأَنْ تُضَمَّ الحُرِّيَّةُ من أحدِهما إلى ما فى الآخرِ منها ، فإن كَمَلَ منهما واحدٌ ، ورِثا جميعًا ميراثَ ابنٍ حُرٍّ ؛ لأنَّ نِصفَىْ شىءٍ شىءٌ كاملٌ ، ثم يقسَّم ما وَرِثاه بينهما على قَدْرِ ما فى كُلِّ واحِدٍ منهما ، فإذا كان ثُلُثا أحدِهما حُرًّا ، وثُلُثُ الآخرِ حُرًّا كان ما وَرِثاه بينهما أثلاثًا ، وإنْ نَقَصَ ما فيهما من الحُرِّيَّةِ عَنْ حُرٍّ كامِلٍ ، وَرِثا بقَدْرِ ما فيهما ، وإنْ زادَ على حُرٍّ واحِدٍ ، وكان الجُزْءان فيهما سواءً ، قُسِم ما يَرِثانِه بينهما بالسَّوِيَّةِ ، وإنِ اختلفا أُعْطِىَ كُلُّ واحِدٍ منهما بِقَدْرِ ما فيه . قال الخَبْرِىُّ : قال الأكثرونَ : هذا قياسُ قولِ عَلِىٍّ ، رضِىَ اللهُ عنه . والوجْهُ الآخرُ ، لا تُكمَّلُ الحُرِّيَّةُ فيهما ، لأنَّهما لو كُمِّلَتْ لم يَظْهَرْ للرِّقِّ أثرٌ ، وكانا فى ميراثِهما كالحُرَّيْنِ ، وإن كان أحدُهما يَحجُبُ الآخرَ ، فقد قيل فيهما وجهانِ أيضًا . والصَّحيحُ أنَّ الحُرِّيَّةَ لا تُكمَّل هـٰهُنا ؛ لأنَّ الشىءَ لا يُكمَّلُ بما يُسْقِطُه ، ولا يُجْمعُ بينه وبينَ ما يُنافيه . ووَرَّثَه بعضُهم بالخِطابِ ، وتَنْزِيلِ الأحْوالِ ، وحَجَب بعضَهم ببعضٍ على مثالِ تَنْزِيلِ الخُناثَى(٢) . وقال أبو يوسفَ بمعناه . ومسائلُ ذلك ؛ ابنٌ نِصفُهُ حُرٌّ له نِصفُ المالِ ، فإنْ كان معه ابنٌ آخرُ نصفُه حُرٌّ فلهما المالُ ، فى أحدِ الوَجْهين ، وفى الآخرِ ، لهما نِصفُه ، والباقى للعَصَبَةِ ، أو لبيتِ المالِ إن لم تكنْ عَصَبَةٌ . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ لكُلِّ واحدٍ منهما ثلاثةُ أثْمانِ المالِ ؛ لأنَّهما لو كانا حُرَّيْنِ ،

١٣٨/٦ و

---

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب دية المكاتب ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤١ بنحوه . ولم يرد فى مسند أحمد . انظر : إرواء الغليل ٦ / ١٦١ ، ١٦٢ .

(٢) فى م : « الخطاب » .

لَكان لكلِّ واحِدٍ منهما النِّصْفُ ، ولو كانا رَقِيقَيْن لم يكُنْ لهما شىءٌ ، ولو كان الأكبرُ وحدَه حُرًّا كان له المالُ ، ولا شىْءَ للأصغرِ ، ولو كان الأصْغَرُ وحدَه حُرًّا كان له كذلك ، ولِكُلِّ واحِدٍ منهما فى الأربعةِ أحْوالٍ[3] مالٌ ونصفٌ ، فله رُبُعُ / ذلك ، وهو ثلاثةُ أثْمانٍ . ١٣٨/٦ظ

فإنْ كان معهما ابنٌ آخرُ ثلثُه حُرٌّ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَنْقَسِمُ المالُ بينهم على ثمانيةٍ ، كما تُقسَّم مسألةُ المُبَاهلةِ ، وعلى الثَّانى يُقَسَّم النصفُ بينهم على ثمانيةٍ . وفيه وجه آخر ، يُقَسَّم الثُّلثُ بينهم أثلاثًا ، ثم يُقَسَّم السُّدُسُ بين صاحِبَى النصفين نِصْفَيْنِ ، وعلى تنزيلِ الأحْوالِ ، يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ لِكُلِّ واحِدٍ ممَّنْ نصفُه حُرٌّ سُدُسُ المالِ ، وثُمُنُه ، ولِمَنْ ثُلُثه حُرٌّ ثُلُثا ذلك ، وهو تُسْعُ المالِ ، ونِصْفُ سُدُسِه ؛ لأنَّ لِكُلِّ واحِدٍ المالَ فى حالٍ ، ونصفَه فى حالَيْن ، وثُلُثَه فى حالٍ ، فيكونُ له مالان وثلثٌ ، فى ثمانيةِ أحْوالٍ ، فنُعْطِيه ثُمُنَ ذلك ، وهو سُدُسٌ وثُمُن ، ويُعْطَى مَنْ ثُلُثه حُرٌّ ثُلُثَيْه ، وهو تُسْعٌ ، ونصفُ سُدُسٍ . ابنٌ حُرٌّ ، وابنٌ نصفُه حُرٌّ . المالُ بينهما على ثلاثةٍ ، على الوَجْهِ الأوَّلِ . وعلى الثَّانى النِّصْفُ بينهما نِصْفانِ ، والباقى للحُرِّ ، فيكونُ للحُرِّ ثلاثةُ أرباعٍ ، وللآخرِ الرُّبُعُ . ولو نَزَّلْتَهما بالأحْوالِ أفْضَى إلى هذا ؛ لأنَّ لِلحُرِّ المالَ فى حالٍ ونِصْفَه فى حالٍ ، فله نِصْفُهما ، وهو ثلاثةُ أرباعٍ ، وللآخرِ نِصْفُه فى حالٍ ، فله نِصْفُ ذلك ، وهو الرُّبُعُ . ولو خاطبتَهما لقلتَ للحُرِّ : لكَ المالُ لو كان أخوك رقيقًا ، ونصفُه لو كان حُرًّا ، فقد حَجَبكَ بحُرِّيَّتِه عن النِّصفِ ، فنصفُها يحجبُكَ عن الرُّبعِ ، يَبْقَى لكَ ثلاثةُ أرباعٍ . ويقال للآخرِ : لكَ النِّصفُ لو كنتَ حُرًّا ، فإذا كان نِصْفُكَ حُرًّا ، فلكَ نِصْفُه وهو الرُّبُعُ . ابنٌ ثُلُثاه حُرٌّ ، وابنٌ ثُلُثه حُرٌّ ، على الأوَّلِ ، المالُ بينهما أثْلاثًا ، وعلى الثَّانى ، الثُّلُثُ بينهما ، وللآخرِ ثُلُثٌ فيكونُ له النِّصفُ ، وللآخرِ السُّدُسُ ، وقيل : الثُّلُثانِ بينهما أثلاثًا . وبالخطابِ تقولُ لِمنْ ثُلُثاه حُرٌّ : لو كنتَ وحْدَكَ حُرًّا ، كان المالُ لكَ ، ولو كُنْتما حُرَّيْنِ ، كان لكَ النِّصْفُ ، فقد حَجَبكَ بحُرِّيَّتِه عن النِّصْفِ ، فبِثُلُثِها يَحْجُبكَ عن السُّدُسِ ، يَبْقَى لكَ

---

(٣) الصواب : « الأحوال » .

خَمسةُ أسْدَاسٍ لو كنتَ حُرًّا ، فلكَ بثُلثَىْ حُرِّيَّةِ[4] خَمْسَةُ أتْساعٍ . ويُقال للآخرِ : يَحْجُبكَ أخوك بثُلثَىْ حُرِّيَّته ، عن ثُلثَى النِّصْفِ ، وهو الثُّلُثُ ، يَبْقَى لك الثُّلثانِ ، فلكَ بثُلُثِ حُرِّيَّةِ[5] ثُلُثُ ذلك ، / وهو التُّسْعان ، ويَبْقى التُّسْعانِ لِعَصَبَتِه[6] إنْ كان ، أو ذِى رَحِمٍ ، فإنْ لم يكنْ فلبَيْتِ[7] المالِ . ابنٌ حُرٌّ وبنتٌ نصفُها حُرٌّ ، للابْنِ خَمْسةُ أسداسِ المالِ ، وللبِنْتِ سُدُسُه فى الخِطاب والتَّنْزِيلِ جميعًا . ومَنْ جَمعَ الحُرِّيَّةَ أفْضَى قولُه إلى أنَّ له أرْبَعَةَ أخماسِ المالِ ، ولها الخُمُسُ . فإنْ كانتْ بنتٌ حُرَّةٌ وابنٌ نِصْفُه حُرٌّ وعَصبَةٌ ، فللابنِ الثُّلُثُ ، ولها رُبْعٌ وسُدُسٌ . ومنْ جَمعَ الحُرِّيَّةَ فيهما جعَل المالَ بينهما نصفَيْنِ . ابن وبنتٌ نصفُهما حُرٌّ وعَصَبَةٌ ، فمنْ جَمعَ الحُرِّيَّةَ ، فثلاثةُ أرْباعِ المالِ بينهما على ثلاثةٍ . وقال بعضُ البَصْرِيِّين : النِّصْفُ بينهما على ثلاثةٍ . ومن ورَّثَ بالتَّنْزِيلِ والأحْوالِ قال : للابنِ المالُ فى حالٍ ، وثُلُثاه فى حالٍ ، فله ربعُ ذلك ، رُبُعٌ وسُدُسٌ ، وللبِنْتِ نِصْفُ ذلك ثُمُنٌ ونِصْفُ سُدُسٍ ، والبَاقى للعَصَبَةِ . وإنْ شئتَ قُلتَ : إنْ قدَّرْناهما حُرَّيْنِ فهى من ثلاثةٍ ، وإنْ قدَّرنا البنتَ وحدَها حُرَّةً ، فهى من اثْنينِ ، وإنْ قدَّرْنا الابْنَ وحدَه حُرًّا فالمالُ له ، وإنْ قدَّرناهما رَقِيقَيْنِ فالمالُ للعَصَبَةِ ، فتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فى ثلاثَةٍ تكُنْ سِتَّةً ، ثم فى أرْبعةِ أحْوالٍ ، تكُنْ أربعةً وعِشْرِينَ ، فللابْنِ المالُ فى حالٍ سِتَّةٌ ، وثُلُثاه فى حالٍ أرْبعةٌ ، صار له عَشَرَةٌ ، وللبِنْتِ النِّصْفُ فى حالٍ ، والثُّلُثُ فى حالٍ خَمْسَةٌ ، وللعَصَبَةِ المالُ فى حالٍ ، ونِصْفُه فى حالٍ تِسْعَةٌ ، فإنْ لم تكنْ عَصَبَةٌ ، جعلتَ للبِنْتِ فى حالِ حُرِّيَّتِها المالَ كُلَّه بالفَرْضِ والرَّدِّ ، فيكونُ لها مالٌ وثُلُثٌ ، فتجعلُ لها رُبُعَ ذلك ، وهو الثُّلُثُ . فإنْ كان معهما امرأةٌ وأُمٌّ حُرّتان كمُلَتِ الحُرِّيَّةُ فيهما ، فحجَبا الأُمَّ إلى السُّدُسِ ، والمرأةَ إلى الثُّمنِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما لو انفردَ لحَجَبَ نِصْفَ الحَجْبِ ، فإذا اجْتَمعا اجتمعَ

١٣٩/٦ و

(٤) فى م : « حريته » .

(٥) فى ا : « حريته » . وفى م : « حريتهم » .

(٦) فى م : « للعصبة » .

(٧) فى م : « ففى بيت » .

الحَجْبُ . ومَنْ وَرَّثَ بالأحْوالِ والتَّنزيلِ ، قال : للأُمِّ السُّدُسُ فى ثلاثَةِ أحوالٍ ، والثُّلُثُ فى حالٍ ، فلها رُبُعُ ذلك ، وهو سُدُسٌ وثلثٌ وثُمنٌ ، وللمرأةِ الثُّمنُ فى ثلاثَةِ أحْوالٍ ، والرُّبُعُ فى حالٍ ، فلها رُبُعُ ذلك ، وهو الثُّمُنُ ورُبُعُ الثُّمنُ ، وللابْنِ الباقى فى حالٍ ، وثُلُثاه فى حالٍ ، فله رُبُعُه ، وللبِنْتِ / ثُلُثُ الباقى فى حالٍ ، والنّصفُ فى حالٍ ، فلها رُبُعه ، وإنْ لم يكُنْ فى المسألَةِ عَصبَةٌ ، فللبِنْتِ بالفَرْضِ والرَّدِّ أحَدٌ وعشرون من اثنين وثلاثين ، مكانَ النِّصْفِ ، وللأُمِّ سَبعَةٌ مكانَ السُّدُسِ ، وتصحُّ المسألةُ إذا لم يكُنْ فيها رَدٌّ بالبَسْطِ من مائتين وثمانيةٍ وثمانين سهمًا ، للأُمِّ منها سِتُّون ، وللمرأةِ خَمْسَةٌ وأربعون ، وللابْنِ خَمْسَةٌ وثمانون ، وللبِنْتِ ثلاثةٌ وخمسون ، والباقى للعَصَبَةِ . وقياسُ قولِ مَنْ جمعَ الحُرِّيَّةَ فى الحَجْبِ ، أنْ يجمع الحُرِّيَّةَ فى التَّوريثِ ، فيجْعلَ لهما ثلاثةَ أرباعِ الباقى . وقال ابنُ اللَّبَّانِ : لهما سَبْعةَ[8] عَشَرَ من ثمانيةٍ وأربعين ؛ لأنَّهما لو كانا حُرَّيْن لَكان لهما سَبْعَةَ عَشَرَ من أربعةٍ وعشرين ، فيكونُ لهما بنصفِ حُرِّيَّتِهما[9] نِصْفُ ذلك . وهذا غَلَطٌ ؛ لأنَّه جَعَلَ حَجْبَ كُلِّ واحدٍ منهما لصاحبِه بنصفِ حُرِّيَّته ، كحَجْبِه إيَّاه بجَميعها ، ولو سَاغَ هذا لَكان لهما[10] حَالَ انْفرادِهما النِّصْفُ بينهما[11] من غير زيادةٍ . ابنٌ وأبَوان ، نِصْفُ كُلِّ واحدٍ منهم حُرٌّ ، إنْ قدَّرْناهم أحْرارًا ، فللابنِ الثُّلُثانِ ، وإنْ قدَّرناه حُرًّا وحدَه ، فله المالُ ، وإنْ قدَّرْنا معه أحدَ الأبوَينِ حُرًّا فله خمسةُ أسداسٍ ، فتَجمَعُ ذلك تجده ثلاثةَ أموالٍ وثُلثًا[12] ، فلهُ ثُمنُها ، وهو رُبُع سُدُسٍ ، وللأبِ المالُ فى حالٍ ، وثُلُثاه فى حالٍ ، وسُدُساه فى حالَيْن ، فله ثُمنُ ذلك ورُبُعُ[13] ، وللأُمِّ الثُّلُثُ فى حالَيْن ، والسُّدُسُ فى حالَيْن ، فلها الثُّمُنُ ، والباقى للعَصَبَةِ . وإنْ عَمِلْتَها بالبَسْطِ قُلْتَ : إنْ قدَّرْناهم

٦/١٣٩ ظ

---

(٨) فى ا ، م : « ستة » .

(٩) فى م : « حريتهم » .

(١٠) فى م : « لهم » .

(١١) فى م : « بينهم » .

(١٢) فى م : « وثلثان » .

(١٣) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

أحْرارًا ، فهي من سِتَّةٍ ، وإنّ قَدَّرنا الابنَ وحْدَه حرًّا ، فهي من سَهْمٍ ، فكذلك الأبُ ، وإنْ قدَّرْنا الأُمَّ وحدَها حُرَّةً ، أو قدَّرْناها مع حُرِّيَّةِ الأبِ ، فهي من ثلاثةٍ ، وإنْ قدَّرنا الابنَ مع الأبِ ، أو مع الأُمِّ فهي من سِتَّةٍ ، وإنْ قَدَّرْناهم رَقِيقًا ، فالمالُ للعَصَبةِ ، وجميعُ المسائلِ تدخلُ في سِتَّةٍ ، فَتَضْرِبُها في الأحْوالِ ، وهي ثمانيةٌ ، تكُنْ ثمانيةً وأربعين ، للابْنِ المالُ في حالٍ سِتَّةٌ ، وثُلُثاهُ[14] في حالٍ أرْبعةٌ ، وخَمْسةُ أسْداسِه في حالَيْن عَشَرةٌ ، فذلك عشرون سهمًا من ثمانيةٍ وأربعين ، وللأبِ المالُ في حالٍ سِتَّةٌ ، وثُلُثاه في حالٍ ، وسُدُساه في حالَيْن ، وذلك / اثنا عشرَ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ في حالَين ، والسُّدُسُ في حالين ، وذلك سِتَّةٌ ، وهي الثُّمن ، وإن كان ثُلُثُ كلِّ واحدٍ منهم حُرًّا ، زدتَ على السِّتَّةِ نصفَها ، تصيرُ تسعةً ، وتضرِبُها في الثمانيةِ ، تكُنْ اثنين وسبعين ، فللابنِ عشرون من اثنين وسبعين ، وهي السُّدُسُ والتُّسْعُ ، وللأبِ اثنا عشرَ ، وهي السُّدُسُ ، وللأُمِّ سِتَّةٌ ، وهي نصفُ السُّدُسِ ، ولا تتغَيَّرُ سِهامُهم ، وإنَّما صارتْ مَنْسُوبةً إلى اثْنينِ وسبعين . وإنْ كان رُبُعُ كلِّ واحدٍ منهم حُرًّا ، زِدْتَ على السِّتَّةِ مِثْلَها . وقيل فيما إذا كان نِصْفُ كلِّ واحدٍ منهم حُرًّا : للأُمِّ الثُّمُنُ ، وللأبِ الرُّبُعُ ، وللابْنِ النِّصْفُ . ابنٌ نصفُه حرٌّ وأُمٌّ حُرَّةٌ ، للأمِّ الرُّبُعُ ، وللابْنِ النِّصْفُ . وقيل : له ثلاثةُ أثْمانٍ ، وهو نصفُ ما يَبْقَى ، فإنْ كان بدلُ الأُمِّ أختًا حُرَّةً ، فلها النِّصْفُ . وقيل : لها نِصفُ البَاقي ؛ لأنَّ الابْنَ يَحْجُبها بنصْفِهِ عن نِصْفِ فَرْضِها ، فإنْ كان نِصْفُها حُرًّا ، فلها الثُّمُنُ ، على هذا القولِ ، وعلى الأوَّلِ ، لها الرُّبُعُ . وإنْ كان مع الابْنِ أُخْتٌ من أمٍّ ، أو أخٌ من أمٍّ ، فلكلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ السُّدُسِ . وإنْ كان معه عَصَبَةٌ حرٌّ ، فله البَاقي كلُّه .

فصل : ابنٌ نصفُه حُرٌّ ، وابنُ ابْنٍ حُرٌّ ، المالُ بينهما في قَوْلِ الجميعِ ، إلَّا الثَّوْريَّ . قال : لابْنِ الابْنِ الرُّبُعُ ؛ لأنَّه مَحْجوبٌ بِنِصْفِ الابْنِ عن الرُّبعِ ، فإنْ كان نصفُ الثَّاني حُرًّا ، فله الرُّبعُ ، فإنْ كان معهما ابنُ ابنِ ابنٍ نصفُه حُرٌّ ، فلَه الثُّمنُ . وقيل : للأعْلَى النِّصْفُ ، وللثَّاني النِّصْفُ ؛ لأنَّ فيهما حُرِّيَّةَ ابنٍ . وهذا قولُ أبي بكرٍ . وقال سفيانُ : لا شيءَ للثَّاني والثالث ؛ لأنَّ ما فيهما من الحُرِّيَّةِ مَحْجُوبٌ بحُرِّيَّةِ الابْنِ ، فإنْ كان معهم أخٌ

(١٤) في م : « وثلثا » .

حُرٌّ ، أو غيرُه من العَصَباتِ ، فله الباق . وإن كان نِصْفُه حُرًّا ، فله نصفُ ما بَقِىَ ، إلّا على القَوْلَيْنِ الآخرين . ابنٌ نصفُه حرٌّ ، وابنُ ابنٍ ثُلُثُه حُرٌّ ، وأخٌ ثلاثةُ أرباعِه حُرٌّ ؛ للأعْلَى النّصْفُ ، وللثّانى ثُلُثُ الباق ، وهو السُّدُسُ ، وللأخِ ثلاثةُ أرْباعِ الباق ، وهو الرُّبُعُ . وعلى القولِ الآخرِ ، للابْنِ النّصْفُ ، ولابنِ الابنِ الثُّلُثُ ، والباق / للأخِ . ثلاثةُ إخوةٍ مُفْتَرِقين ، نصفُ كلِّ واحدٍ حُرٌّ ؛ للأخِ من الأمِّ نصفُ السُّدُسِ ، وللأخِ من الأبَوَيْنِ نصفُ الباق ، وللأخِ من الأبِ نِصْفُ الباق ، وتصِحُّ من ثمانيةٍ وأربعينَ ، للأخِ من الأمِّ أربعةٌ ، وللأخِ من الأبوين اثنان وعشرون ، وللأخِ من الأبِ أحَدَ عشَرَ . وعلى القولِ الآخرِ ، للأخِ من الأمِّ نِصْفُ السُّدُسِ ، وللأخِ من الأبوَيْن النّصْفُ ، وللأخِ مَنَ الأبِ ما بَقِىَ . فإنْ كان معهم بنتٌ حُرَّةٌ ، فلها النِّصْفُ ، ولا شىءَ للأخِ من الأمِّ ، وللأخِ من الأبَوَيْن الرُّبُعُ ، وللأخِ من الأبِ الثُّمُنُ ، والباق للعَصَبَةِ . وعلى القَوْلِ الآخرِ ، الباق للأخِ من الأبَوَيْن وحدَه ، فإن كان نصفُ البنتِ حُرًّا ، فلها الرُّبُعُ ، وللأخ من الأمِّ رُبُعُ السُّدُسِ ، وللأخ من الأبَوَيْن نِصْفُ الباق ، وللأخِ من الأبِ نِصْفُ الباق .

١٤٠/٦ظ

فصل : بنتٌ نصفُها حُرٌّ ، لها الرُّبُعُ ، والباق للعَصَبَةِ ، فإنْ لم يكُنْ عَصَبَةٌ فلها النّصْفُ بالفَرْضِ والرَّدِّ ، والباق لذوى[١٥] الرَّحِمِ ، فإنْ لم يكُنْ فلبيتِ المالِ ، فإنْ كان معها أمٌّ حُرَّةٌ ، فلها الرُّبُعُ ؛ لأنَّ البنْتَ الحُرَّةَ تحْجُبها عن السّدُسِ ، فنصفُها يحجُبها عن نِصْفِه ، وإنْ كان معها امرأةٌ ، فلها الثُّمن ، ونِصْفُ الثُّمنِ ، وإنْ كان معها أخٌ مِن أمٍّ ، فله نِصْفُ السُّدُسِ ، وإنْ كان معها بنتُ ابْنٍ ، فلها الثّلُثُ ؛ لأنّها لو كانت كلُّها أمةً ، لَكان لبنتِ الابنِ النّصفُ ، ولو كانتْ حرَّةً ، لَكان لها السّدُسُ ، فقد حَجَبْتها حُرِّيّتها عن الثُّلُثِ ، فنِصْفُها يحْجُبها عن السُّدُسِ . وكلُّ مَنْ ذكرنا إذا كان نصفُه حُرًّا ، فله نصفُ مالَه فى الحُرِّيَّةِ ، وإنْ كان ثُلُثُه حُرًّا ، فله ثُلُثُه ، وإنْ كان معها بنتٌ أُخرَى حُرَّةٌ ، فلها رُبُع المالِ ، وثلُثه بينهما على ثلاثةٍ عندَ من جمعَ الحُرِّيَّةَ فيهما ؛ لأنَّ لهما بحُرِّيَّةِ

---

(١٥) فى الأصل : « لذى » .

نصفًا ، وبنصفِ حُرِّيَّةٍ نصفَ كمالِ الثُّلُثَينِ . وفى الخِطابِ والتَّنزِيلِ للحُرَّةِ رُبُعٌ وسُدُسٌ ، وللأُخرى سُدُسٌ ؛ لأنَّ نصفَ إحْداهما يَحجُبُ الحُرَّةَ عن نصفِ السُّدُسِ فيَبْقَى لها رُبُعٌ وسُدُسٌ ، والحُرَّةُ تحجُبُها عن سُدُسٍ كاملٍ ، فيَبْقَى لها سُدُسٌ . فإن كان نِصْفُها رَقيقًا ، ومعهما عَصَبَةٌ ، فلهما / رُبُعُ المالِ وسُدُسُه بينهما ؛ لأنَّهما لو كانتا حُرَّتَيْن كان لهما الثُّلُثان ، ولو كانت الكبرى وحْدَها حُرَّةً كان لها النِّصْفُ ، وكذلك الصُّغْرَى ، ولو كانَتا أَمَتَيْن كان المالُ للعَصَبَةِ ، فقد كان لهما مالٌ وثُلُثان ، فلهما رُبُعُ ذلك ، وهو رُبُعٌ وسُدُسٌ ، وطَرِيقُها بالبَسْطِ أن تقولَ : لو كانَتا حُرَّتَيْن ، فالمسألةُ من ثلاثةٍ ، وإن كانت الكُبْرَى وحدَها حُرَّةً ، فهى من اثْنَيْن ، وكذلك إذا كانت الصُّغْرَى وحدَها حُرَّةً . وإن كانَتا أَمَتَيْنِ ، فهى من سَهْمٍ ، فتَضْرِبُ اثْنَين فى ثلاثةٍ ، تكُنْ سِتَّةً ، ثم (16) فى الأحْوالِ الأرْبعةِ تَكُنْ أربعةً وعشرين (16) لِلْكُبْرى نصفُ المالِ فى حالٍ ثلاثةٍ ، وثُلُثُه فى حالِ سَهْمانِ ، صار لها خمسةٌ من أربعةٍ وعشرين ، وللأُخرَى مثلُ ذلك ، وللعَصَبَةِ المالُ فى حالٍ ، والنِّصْفُ فى حالَيْن ، والثُّلُثُ فى حالٍ ، وذلك أربعةَ عشرَ سَهْمًا من أربعةٍ وعشرين. ومن جَمَعَ الحُرِّيَّةَ فيهما جعل لهما النِّصْفَ والباقىَ للعَصَبَةِ . وإذا لم يكُنْ عَصَبَةٌ نَزَّلْتَهما على تقديرِ الرَّدِّ ، فيكونُ حكمهما حُكْمَ اثْنَيْنِ نِصْفُ كلِّ واحدٍ منهما حُرٌّ ، على ما قُلْناه. ثلاثُ بَناتِ ابنٍ مُتَنازلاتٌ ، نِصْفُ كلِّ واحدةٍ حُرٌّ وعَصَبَةٌ ، للأُولى الرُّبُعُ ، وللثانيةِ السُّدُسُ ؛ لأنَّها لو كانت حُرَّةً كان لها الثُّلُثُ ، وللثالثةِ نِصْفُ السُّدُسِ فى (17) قولِ البَصْرِيِّين ؛ لأنَّك تقولُ للسُّفْلَى : لو كانَتا أَمَتَيْن كان لكِ النِّصْفُ ، ولو كانتْ إحْداهما حُرَّةً كان لكِ السُّدُسُ ، فبينهما ثُلُثٌ ، فتَحجُبُكِ العَلْياءُ عن رُبعٍ ، والثانيةُ عن نِصْفِ سُدُسٍ ، فيَبْقَى لكِ سُدُسٌ لو كُنْتِ حُرَّةً ، فإذا كان نِصْفُكِ حُرًّا ، كان لكِ نِصْفُه . وفى التَّنزِيلِ ، للثالثة نِصْفُ الثُّمنِ وثُلُثُه ؛ وذلك لأنَّنا لو نَزَّلْنا كلَّ واحدةٍ حُرَّةٍ وحْدَها ، كان لها النِّصْفُ . فهذه ثلاثةُ أحْوالٍ من ابْنَيْن اثْنَين . ولو كُنَّ إماءً ، كان المالُ للعَصَبَةِ . ولو كُنَّ

(16 - 16) جاء هذا فى م بعد قوله : « سهمان » الآتى .

(17) فى م : « على » .

أحْرارًا كان للأُولى النِّصْفُ ، وللثانية السُّدُسُ ، والثُّلُثُ للعَصَبةِ . ولو / كانت الأُولَى والثانيةُ حُرَّتَيْنِ ، فكذلك . ولو كانت الثانيةُ والثالثةُ حُرَّتَيْن ، فللثَّانيةِ النِّصْفُ ، وللثالثةِ السُّدُسُ ، والثُّلُثُ للْعَصبَةِ . فهذا أربعةُ أحوالٍ ، من ستةٍ ستَّة ، والمسائلُ كُلّها تَدْخلُ فيها ، فتَضْرِبُها فى ثمانيةِ أحْوالٍ ، تكُنْ ثمانيةً وأربعين ، للعَلْيا النِّصْفُ ، فى أربعةِ أحوالٍ ، اثنا عَشَرَ ، وهى الرُّبُعُ ، وللثَّانيةِ النّصفُ فى حالَيْن ، والسُّدُسُ فى حالَيْن ، وهى ثمانيةٌ ، وذلك هو السُّدُسُ ، وللثّالثةِ النِّصْفُ فى حالٍ ، والسُّدُسُ فى حالَيْن ، وهى خَمْسَةٌ ، وهى نِصْفُ الثُّمنِ ، وثُلثُه . وقال قوم : تُجمَعُ الحُرِّيَّةُ فيهنَّ ، فيكونُ فيهنَّ حُرِّيَّةٌ ونصفٌ ، لهنَّ بها ثُلثٌ وربُعٌ للأُولى ، وللثّانيةِ رُبعانِ ، وللثّالثةِ نِصْفُ سُدُسٍ ، فإن كان معهنَّ رابعةٌ كان لها (18) نِصْفُ سُدُسٍ (18) آخرُ . ثلاثُ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ نصفُ كُلِّ واحدةٍ حُرٌّ وأمٌّ حُرَّةٌ وعمٌّ ، للَّتِى من قِبَلِ الأبوين الرّبُعُ ، وللَّتى من قِبَلِ الأبِ السُّدُسُ ، وللَّتِى من قبلِ الأمّ نصفُ السُّدسِ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ ؛ لأنَّها لا تُحْجَبُ إلَّا باثنين من الإخوةِ والأخواتِ ، ولم تَكْمُلِ الحُرِّيَّةُ (19) فى اثْنَتَيْنِ (19) ، وللعَمِّ ما بَقِىَ . وهكذا لو كانت أختٌ حُرَّةٌ وأخرى نِصفُها حُرٌّ وأمٌّ حرةٌ ، فللأمّ الثلثُ ؛ لما ذكَرْناه . وقال الخَبْرِىُّ : للأُمِّ الرُّبُعُ ، وحَجْبُها بالجُزْءِ ، كما تُحْجَبُ بنصفِ البنتِ ، والفرقُ بينهما أنَّ الحَجْبَ بالولَدِ غيرُ مُقدَّرٍ ، بل هو مُطْلَقٌ فى الولدِ والجُزءِ مِنَ الولدِ ، وفى الإخوةِ مقدَّرٌ باثنين ، فلا يثبتُ بأقلَّ منهما ، ولذلك لم تُحْجَبْ بالواحدِ عن شيءٍ أصلًا . وهذا قولُ ابن اللَّبَّانِ . وحَكَى القَوْلَ الأوَّلَ عن الشَّعْبىِّ ، وقال : هذا غَلَطٌ . وفى البابِ اختلافٌ كثيرٌ ، وفروعٌ قلَّ ما تتَّفِقُ ، وقلَّ ما تجيءُ مسألةٌ إلا ويُمْكِنُ عملُها بقياسِ ما ذكَرْناه .

١٠٤٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ ، وخلَّفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقَرَّ أحدُهُمَا بِأَخٍ ، فَلَهُ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ ، وإنْ أَقَرَّ بِأُختٍ ، فَلَهَا خُمْسُ مَا فِي يَدِه)

قد ذكَرْنا فى بابِ الإقرارِ مَن يَثْبُتُ النّسَبُ بقوله ، ومن لا يثبتُ ، ونذكرُ / هـٰهُنا ما

١٤١/٦ظ

١٤٢/٦و

(18–18) فى م : « سدس ونصف » .

(19–19) سقطت « فى » من : ١ . وفى ب ، م : « فى اثنين » .

يَسْتَحِقُّ المُقَرُّ به من الميراثِ ، إذا لم يثبتْ نَسَبُه ، فنقول : إذا أقرّ بعضُ الورثةِ بمُشاركٍ[1] فى الميراثِ ، فلم يَثْبُتْ نَسَبُه ، لَزِمَ المُقِرَّ أنْ يَدْفَعَ إليه فَضْلَ ما فى يدِه عن ميراثِه . وهذا قولُ مالكٍ، والأَوْزاعىِّ، والثَّوْرِىِّ، وابنِ أبى لَيْلى، والحسَنِ بنِ صالحٍ، وشَرِيكٍ، ويحيى ابن آدمَ ، ووَكِيعٍ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأَهْلِ البَصْرةِ . وقال النَّخَعىُّ ، وحَمَّادٌ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه : يُقاسِمُه ما فى يدِه ؛ لأنَّه يقول : أنا وأنت سَواءٌ فى مِيرَاثِ أبينا ، وكأنَّ ما أخذه المُنْكِرُ تَلِفَ ، أو أخَذتْه يدٌ عاديةٌ ، فيستَوِى فيما بَقِىَ . وقال الشَّافعىُّ ، رضى الله عنه ، وداودُ : لا يلزمُه فى الظَّاهرِ دفعُ شىءٍ إليه ، وهل يلزمُه فيما بينَه وبين اللهِ تعالى ؟ على قَوْلَيْنِ : أصَحُّهما لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه لا يَرِثُ مَنْ لا يثْبُت نَسَبُه . وعلى القولِ[2] الذى يَلزَمُه دَفْعُ شىءٍ إليه ، ففى قَدْرِه وَجْهَان ، كالمَذْهبينِ المُتقدِّمَيْنِ . ولَنا ، على الشَّافعىِّ ، أنَّه أقرَّ بحَقٍ لمُدَّعِيه ، يُمْكِنُ صِدْقُه فيه ، ويَدُ المُقِرّ عليه ، وهو مُتمكِّنٌ منْ دَفْعِه إليه ، [3]فيلزمُه[4] ذلك ، كما[3] لو أقرّ بمُعَيَّنٍ ، ولأنَّه إذا عَلِمَ أنَّ هذا أخوه ، وله[5] ثُلُثُ التَّرِكَةِ ، ويتعيَّنُ اسْتِحْقاقُه لها ، وفى يدِه بَعْضُه وصاحبُه يطلُبه ، لَزِمَه[6] دَفْعُه إليه ، وحَرُمَ عليه منعُه منه ، كما فى سائِر المواضِعِ ، وعَدَمُ ثبوتِ نسبِه فى الظَّاهرِ ، لا يَمْنَعُ وُجوبَ دفعِه إليه ، كما لو غَصَبَه شيئًا ، ولم تَقُم البيِّنةُ بغَصْبه . ولَنا ، على أبى حنيفةَ ، أنَّه أقرَّ له بالفاضِلِ عن ميراثِه ، فلم يَلْزَمْه أكْثرُ ممَّا أقرَّ به ، كما لو أقرَّ له بشىءٍ مُعَيَّنٍ ، ولأنَّه حَقٌّ يتعلَّقُ بمحلٍّ مُشْتَرَكٍ بإقْرارِ أحدِ الشَّرِيكَيْنِ ، فلم يَلْزَمْه أكثرُ من قِسْطِه ، كما لو أقرَّ أحدُ الشَّرِيكَيْنِ على العَبْدِ بجنايةٍ ، فعلى هذا ، إذا خَلَّفَ ابْنينِ ، فأقرَّ

---

(١) فى ا ، م : « لمشارك » .

(٢) فى م : « قول » .

(٣-٣) سقط من : ا .

(٤) فى الأصل : « فلزمه » .

(٥) فى م : « فله » .

(٦) فى ا ، م : « فلزمه » .

أحدُهما بأخٍ ، فللمُقَرّ له ثُلُثُ ما فى يدِ المُقِرّ ، وهو سُدُسُ المالِ ؛ لأنَّه يقولُ : نحن ثلاثةٌ ، لكلِّ واحدٍ منَّا الثُّلُثُ ، وفى يَدِى النِّصْفُ ، ففضَل فى يدى لك السُّدُسُ ، فيدْفَعُه إليه ، وهو ثلثُ ما فى يدِه . وفى قولِ أبى حنيفةَ / يَدْفعُ إليه نِصْفَ ما فى يَدِه ، وهو الرُّبعُ ، وإنْ أقرَّ بأختٍ دفع إليها خمسَ ما فى يدِه ؛ لأنَّه يقولُ : نحن أخوانِ وأختٌ ، فلكِ الخُمسُ من جميعِ المالِ ، وهو خُمُسُ ما فى يَدِى ، وخُمُسُ ما فى يدِ أخى . فيَدْفَعُ إليها خمسَ ما فى يدِه ، وفى قولِهم يدفع إليها ثُلُثَ ما فى يدِه . ١٤٢/٦ ظ

فصل : وإنْ أقرَّ جميعُ الورثةِ بوارثٍ ، أو أقرَّ به المَيِّتُ ليَثْبُتَ نسبُه منه ، ثَبَتَ نَسَبُه ، سواءٌ كان الورثةُ واحدًا ، أو جماعةً . وبهذا قال النَّخعِىُّ ، والشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والحسنُ بنُ صالحٍ : لا يثبتُ نَسَبُه . والمشهورُ عن أبى يوسفَ ، أنَّه لا يثبت النَّسَبُ إلَّا بإقْرارِ ابْنَيْنِ ذَكَرَيْنِ كانا أو أُنْثَيَيْن ، عَدْلين أو غيرِ عَدْلين . ونحوُه عن مالكٍ . ورَوَى ابنُ اللَّبَّانِ ، قال أشعثُ بنُ سَوَّارٍ ، عن رجلٍ من أهلِ المدينةِ ، قال : جاء رجلٌ وأختُه إلى عمرَ بنِ الخطابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ومعهما صَبِىٌّ ، فقالا : هذا أخونا . فقال عمرُ : لا أُلْحِقُ بأبِيكُما مَن لم يُقِرَّ به . ولَنا ، أنَّ (٧) عَبْدَ بن زَمْعَةَ (٧) ادَّعى نَسَبَ ولِدِ (٨) وليدَةِ أبيه ، وقال : هذا أخى ، وُلِدَ على فِراشِ أبى . فقَبِلَ النَّبِىُّ ﷺ قولَه ، وأثبتَ النَّسَبَ به (٩) . ولأنَّ الوارِثَ يقومُ مَقامَ مَوْروثِه ، بدليلِ أنَّه يثْبُتُ باعْترافِه ما يَثْبُت باعْترافِ الموروثِ على نفسِه من الدَّيْنِ ، وغيرِه ، كذا النَّسب ، ولأنَّ الوارثَ يخْلُف المَوْرُوثَ فى حقوقِه ، وهذا منها . ولا خلافَ بينهم فى وُجوبِ دَفْعِ ميراثِه إليه ، إلَّا أنْ يكونَ المُقَرُّ به يُسْقِطُ المُقِرَّ ، كأخٍ يُقِرُّ بابنٍ ، أو ابنِ ابنٍ ، أو أخٍ من أبٍ

(٧-٧) فى م : « عبد الله بن ربيعة » . خطأ .

(٨) سقط من : الأصل ، ا .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٣١٦ .

يُقِرُّ بأخٍ من أبَوَيْن ، فإنَّ الشَّافعىَّ فى ظاهرِ مَذْهبِه أثْبَتَ النَّسبَ ، ولم يُوَرِّثْه ؛ لئلَّا يكونَ إقرارًا من غيرِ وارثٍ ، فثبوتُ ميراثِه يُفْضِى إلى سُقُوطِ نَسَبِه وميراثِه . ولَنا ، أنَّه إقرارٌ من كلِّ الورَثَةِ ، يثْبُتُ[10] به النَّسَبُ بمن يَرِثُ ، لو ثبتَ نَسَبُه بغيرِ إقرارِه ، فيجبُ أنْ يَرِثَ ، كما لو لم يُسْقِطْه ، ولأنَّه ابنٌ ثابتُ النَّسَبِ ، لم يَمْنَعْ إرْثَهَ مانِعٌ مُتَّفَقٌ عليه ، أشْبَهَ ما لو ثبَت ببيِّنَةٍ ، والاعْتبارُ / بكَوْنِه وارثًا حالَةَ الإقرارِ ، أو بكَوْنِه وارثًا لولا الإقرارُ ، بدليلِ أنَّه لو اعْتُبِرَ الحالُ الثَّانى ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ ، إذا أقَرَّ بمُشارِكٍ فى الميراثِ ؛ لأنَّه يكونُ إقرارًا من بعضِ الوَرَثَةِ ، فإن قالوا : إنَّما ثَبتَ ؛ لأنَّ المُقَرَّ به أيضًا مُقِرٌّ بنفسِه مُدَّعٍ لنَسَبِه . قُلْنا : وهٰهُنا مِثْلُه ، فاسْتَوَيا . ١٤٣/٦ و

فصل : إذا خلَّف ابْنًا واحدًا ، فأقَرَّ بأخٍ من أبيه ، دَفَعَ إليه نصْفَ ما فى يده . فى قولِ الجميعِ . فإنْ أقَرَّ بعدَه[11] بآخَر ، فاتَّفقا عليه ، دفَعا إليه ثُلُثَ ما فى أيْدِيهما . فى قولِ الجميعِ . فإنْ أنكرَ المُقَرُّ به ثانيًا المُقَرَّ به فى[12] الأوَّلِ ، لم يثْبُتْ نَسَبُه . قال القاضى : هذا مَثَلُ للعامَّةِ ، تقول : أدْخِلْنِى أُخْرِجْكَ . وليس له أن يأْخُذَ أكثرَ من ثُلُثِ ما فى أيْدِيهما ؛ لأنَّه لم يُقِرَّ له بأكثرَ منه . وقال الشَّافعىُّ : يَلْزَمُ المُقِرَّ أنْ يَغْرَمَ له نصفَ التَّرِكَةِ ؛ لأنَّه أتْلَفه عليه بإقْرارِه الأوَّلِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَبْطُلَ نسبُ الأوَّلِ ؛ لأنَّه ثبتَ بقولِ مَن هو كُلُّ الورَثةِ حالَ الإقرارِ . وإن لم يُصدِّق المُقَرُّ[12] به الأوَّلُ بالثَّانى ، لم يثْبُتْ نسبُه ، ويدْفَعُ إليه المُقِرُّ ثُلُثَ ما بَقِىَ فى يدِه ؛ لأنَّه الفضلُ الذى فى يدِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه دفعُ ثُلُثِ جميعِ المالِ ؛ لأنَّه فوَّته عليه بدَفعِ النِّصْفِ إلى الأوَّلِ ، وهو يُقِرُّ أنَّه لا يستَحِقُّ إلَّا الثُّلُثَ . وسواءٌ دفَعه إليه بحُكْمِ الحاكمِ ، أو بغيرِ حُكْمِه ؛ لأنَّ إقْرارَه عِلَّةُ حُكْمِ الحاكمِ . وسواءٌ عَلِمَ بالحالِ عنْدَ إقرارِه الأوَّلِ ، أو لم يَعْلَمْ ، لأنَّ العَمْدَ والخطأَ واحدٌ فى ضَمانِ ما

---

(10) فى الأصل : « ثبت » .

(11) فى م : « بعد » .

(12) سقط من : م .

يَتْلَف . وحكى نحوُ هذا عن شَرِيك ، ويَحْتَمِلُ أنَّه إنْ عَلِمَ بالثّانى حينَ أقرَّ بالأَوَّلِ ، وعلم أنَّه إذا أقرَّ به بعدَ الأوَّلِ ، لا يُقْبَلُ ، ضَمِنَ ؛ لتَفويتِهِ حقَّ غيرِه بتَفْرِيطِه ، وإنْ لم يَعْلم ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه[13] يجبُ عليه الإقرارُ بالأوَّلِ إذا عَلِمه ، ولا يُحْوِجُه إلى حاكمٍ ، ومنْ فَعَلَ الواجِبَ فقدْ أحْسَنَ ، وليس بخائنٍ ، فلا يَضْمَنُ . وقِيل : هذا قياسُ قولِ الشّافعىِّ .

وقال أبو حنيفةَ : / إنْ كان الدَّفْعُ بحُكْمِ حاكمٍ ، دفَع إلى الثّانى نِصْفَ ما بَقِىَ فى يدِه ؛ لأنَّ حُكْمَ الحاكمِ كالأخْذِ منه كَرْهًا ، وإنْ دفعه بغيرِ حاكمٍ ، دَفَعَ إلى الثّانى ثُلُثَ جميعِ المالِ ؛ لأنَّه دفعَ إلى الأوَّلِ ما ليس له تبرُّعًا . ولَنا على الأوَّلِ ، أنَّه أقرَّ بما يجبُ عليه الإقرارُ به ، فلم يَضْمَنْ ما تَلِفَ به ، كما لو قَطَعَ الإمامُ يدَ السّارِقِ ، فسَرَى إلى نفسِه . وإنْ أقرَّ بعدَهما بثالثٍ ، فصدَّقاه ، ثبت نسبُه ، وأخذ رُبْعَ ما فى يدِ كلِّ واحدٍ منهم ، إذا كان مع كلِّ واحدٍ ثُلُثُ المالِ ، وإنْ كذَّباه ، لم يثبُتْ نسبُه ، وأخذ رُبْعَ ما فى يدِ المُقِرِّ به ، وفى ضمانِه له ما زادَ التفصيلُ فى التى قبلها . وعلى مثْلِ قولِنا قال ابنُ أبى لَيْلى ، وأهلُ المدينةِ ، وبعضُ أهلِ البَصْرةِ .

١٤٣/٦ظ

فصل : ومتى أرَدْتَ مَعْرِفةَ الفضلِ ، فاضرِبْ مسألةَ الإقرارِ فى مسألةِ الإنكارِ ، ثم تَضْرِبُ ما للمُقِرِّ من مسألةِ الإقرارِ فى مسألةِ الإنكارِ ، إذا كانتا مُتبايِنَتَيْنِ ، وتَضْرِبُ ما للمُنْكِرِ فى مسألةِ الإنكارِ فى مسألةِ الإقرارِ ، فما كان بينهما فهو الفضْلُ . فإنْ لم يكُن فى يدِه فَضْلٌ ، فلا شىءَ للمُقَرِّ له ، كثلاثةِ إخوةٍ مُفْتَرِقين ، أقرَّ الأخُ من الأمِّ بأخٍ أو أختٍ ، فلا شىءَ للمُقَرِّ له ؛ لأنَّه على غيرِه ، وسواءٌ أقرَّ بأخٍ من أمٍّ أو غيرِه . وعِنْدَ أبى حنيفةَ ، إنْ أقرَّ بأخٍ من أمٍّ ، فله نِصْفُ ما فى يدِه ، وإنْ أقرَّ بأخٍ منْ أبَوَيْنِ ، فللمُقَرِّ به خمسةُ أسْباعِ ما فى يدِه . وإنْ كُنَّ ثلاثَ أخواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، فأقرَّتِ الأختُ من الأمِّ بأخٍ ، فإنْ كان فى المسألةِ عَصَبَةٌ ، فلا شىءَ له ، وإنْ لم يكُنْ فيها عَصَبَةٌ ، فله سُدُسُ ما بَقِىَ فى يدِها ؛ لأنَّ مسألةَ الإنكارِ من خمسةٍ ، والإقرارِ من سِتَّةٍ ، إذا ضَرَبْتَ إحْداهما فى الأُخْرَى ، كانتْ ثلاثين ،

---

(١٣) فى م زيادة : « لم » .

لها سهمٌ من مسألةِ الإنكارِ ، فى مسألةِ الإقرارِ ، ستّةٌ ، ولها فى الإقرارِ خمسةٌ ، يفضُل فى يدِها سهمٌ ، فهو للأخِ من أىِّ جهةٍ كان . وإن أقرّتْ الأُختُ من الأبِ بأخٍ لها ، صحّتْ من تسعين ، لها عشَرةٌ ، ويفضُل لأخيها ثمانيةٌ . وإنْ أقرّتْ بأخٍ / من أبوَين ، ١٤٤/٦و دَفعَتْ إليه جميعَ ما فى يَدِها . وإنْ أقرّتْ بأخٍ من أمٍّ ، أو بأمٍّ للميّتِ ، أو جَدّةٍ ، أو بِعَصَبةٍ ، فله سُدُسُ ما فى يَدِها . وإنْ خلّفَ أربَعَ أخواتٍ من أب ، وعَمًّا ، فأقَرَّ الأخواتُ بأخٍ لهنَّ ، فلا شىءَ له ، وإنْ أقرَرْنَ بأختٍ من أبوَيْن ، دفعْنَ إليها ثلاثةَ أرباعِ ما فى أيديهِنَّ . وإنْ أقرَرْنَ بأختٍ من أبٍ ، فلها خُمُسُ ما فى أيديهِنَّ ، وأيّتُهُنَّ أقرّتْ وحدَها ، دفعَتْ إليها ممّا فى يدِها بقَدْرِ ذلك . وإنْ أقرّتْ إحْداهُنَّ بأخٍ وأختٍ ، فمسألةُ الإقرارِ من سبعةٍ ، والإنكارِ من ستّةٍ ، تضربُ إحْداهما فى الأُخرى ، تكُنِ اثْنينِ وأربعينَ ، لها سهمٌ فى ستّةٍ ، وفى يدها سبعةٌ ، يفضُل فى يدِها سهمٌ لهما . وإنْ أقرّ الأربعُ بهما فضَلَ لهما أربعةُ أسْهُمٍ ، فإنْ كان المُقَرُّ بهما يَتَصادقانِ ، اقْتَسماها بينهم أثلاثًا ، فإن تجاحَدا ، فلا شىءَ للأخ ؛ لأنّه يُقِرُّ أنّه لا حقَّ له فى الثُّلُثَيْنِ ، ويكونُ المُقَرُّ به للأُختِ ؛ لأنّها تَدَّعى خُمسَ الثُّلُثين ، وإنْ جَحَدَتْه ، ولم يَجْحَدْها ، لم يُلْتفَتْ إلى جَحْدِها ، لإقرارِ الأخواتِ المعروفاتِ به[١٤] ، وإن جَحَدها ، ولم تجحَدْه ، احْتَمَلَ أن يكونَ المُقَرُّ به لها ، لإقرارِه بأنّه لا يستَحِقُّ شيئًا من الثُّلُثينِ ، وكونِها تدَّعِى من الثُّلُثينِ مثلَ هذه الفَضْلةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا تستحِقَّ إلّا ثُلُثَ أربَعةِ الأسْهُمِ[١٥] ، لإقرارِها بها للأخِ . والأوّلُ أوْلَى ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى . وإنْ أقَرَّ العمُّ بأُختٍ ، أو أخواتٍ من أبٍ ، أو أبوَين ، فلا شىءَ لهم . وإنْ أقرَّ بأخٍ ، أو أختٍ من أمٍّ ، أو بأمٍّ ، أو جَدّةٍ ، فللمُقَرِّ له السُّدُسُ . وإنْ أقرَّ بأخٍ من أبوَيْنِ ، أو من أبٍ ، أو بابْنَيْن من ولدِ الأمِّ ، فلهم جميعُ ما فى يدِه . وإنْ خلّفَ أمًّا ، وأخًا من أبوَيْن ، فأقرّتِ الأمُّ بأخٍ من أمٍّ ، أو من أبوَيْن ، فله السُّدُسُ ، وهو نصفُ ما فى يدِها . وإنْ أقرّتْ بأخٍ من أبٍ ، فصدّقها الأخُ من

---

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى م : « أسهم » .

الأبوين ، فله السُّدُسُ ، وهو نِصْفُ ما فى يدِها ، ولا شىْءَ للمُقَرِّ به[16] ، وإنْ لم يُصَدِّقْها ، فقد أقرَّتْ له بما لا يدَّعِيه ، فيَحْتَمِلُ أنْ يُقَرَّ فى يَدِها ، ولا يَصِحُّ إقْرارُها ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَصْطَلِحا عليه ؛ لأنَّه لا يَخْرُجُ عنهما ، وقد أشْكَلَ أمْرُه ، /ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ لبيتِ المالِ ؛ لأنَّه مالٌ لم يثْبُتْ له مُسْتَحِقٌّ ولا يدَّعِيه أحدٌ . فإنْ أقرَّ الأخُ بأخٍ له من أبوَيْن ، فله ثلاثةُ أثمانِ ما فى يدِه ؛ لأنَّ مسألةَ الإقْرارِ من اثْنى عَشَرَ ، له منها خمسةٌ ، وفى يدِه ثمانيةٌ ، فالفاضِلُ فى يدِه ثلاثةٌ .

6/144ظ

فصل : إذا خلَّف ابْنَيْن ، فأقَرَّ الأكْبَرُ بأخوَيْن ، فصدَّقَه الأصْغَرُ فى أحدِهما ، ثبت نسبُ المُتَّفَقِ عليه ، فصاروا ثلاثةً ، فمَسْألةُ [17]الإقْرارِ[18] إذًا من ثلاثةٍ ، ومسألةُ الإنْكارِ[19] من أربعةٍ ، فتضْرِبُ مسْألةَ[17] الإقْرارِ فى مَسْألةِ الإنكارِ ، تكُنِ اثْنى عَشَرَ ، للأصْغَرِ سَهْمٌ ، من مسألةِ الإنْكارِ فى مسألةِ الإقرارِ ، أربعةٌ ، وللأكبرِ سَهْمٌ فى مسألةِ الإنكارِ ، ثلاثةٌ ، وللمتَّفَقِ عليه إنْ أقَرَّ بصاحِبِه مثلُ سهمِ الأكْبَرِ ، وإنْ أنْكرَ مثلُ سهمِ الأصْغَرِ . وذكر أبو الخطّابِ أنَّ المتَّفَقَ عليه إن صدَّقَ بصاحبِه . لم يأخذْ من المُنْكِرِ إلَّا رُبْعَ ما فى يدِه ؛ لأنَّه لا يدَّعِى أكثرَ منه ، ويأخذُ هو والمختلَفُ فيه من الأكْبَرِ نِصْفَ ما بيدِه ، فتصِحُّ من ثمانيةٍ ؛ للمُنْكِرِ ثلاثةُ أثمانٍ ، وللمُقِرِّ سهمانِ ، وللمُتَّفَقِ عليه سهمانِ ، وللآخرِ سَهْمٌ . وذكرَ ابنُ اللَّبَّانِ أنَّ هذا قياسُ قولِ مالكٍ ، والشَّافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وفى هذا نَظَرٌ ؛ لأنَّ المُنْكِرَ يُقِرُّ أنَّه لا يَسْتَحِقُّ إلَّا الثُّلُثَ ، وقد حضرَ مَنْ يَدَّعِى الزِّيادةَ ، فوجَبَ دَفْعُها إليه ، ونظيرُ هذا ما لو ادَّعَى إنسانٌ دارًا فى يدِ رجلٍ ، فأقرَّ بها لغيرِه ، فقال المُقَرُّ له : إنَّما هى لهذا المدَّعِى . فإنَّها تُدْفَعُ إليه . وقد ردَّ الْخَبْرِىُّ على ابن اللَّبَّانِ هذا القولَ ، وقال : على هذا يَبْقَى مع المُنْكِرِ ثلاثةُ أثمانٍ ، وهو لا يدَّعى إلَّا

---

(16) فى م : « له » .

(17–17) سقط من : ا . نقل نظر .

(18) فى الأصل : « الإنكار » .

(19) فى الأصل : « الإقرار » .

الثُّلُث ، وقد حَضَرَ مَنْ يدّعِي هذه الزّيادةَ ، ولا مُنازِعَ له فيها ، فيجبُ دَفْعُها إليه . قال : والصَّحِيحُ أنْ يَضُمَّ المُتَّفَقُ عليه السُّدُسَ الذى يأخذُه من المُقَرِّ به ، فيَضُمَّه إلى النِّصْفِ الذى بيدِ المُقَرِّ بهما ، فيقْسِمانِه أثلاثًا ، وتصِحُّ من تِسْعةٍ ؛ للمُنْكِرِ ثلاثةٌ ، ولكلِّ واحدٍ من الآخَرَيْن سهمان . وهذا قولُ أبي يوسف إذ تَصادَقا ، ولا يَسْتَقِيمُ[٢٠] هذا على قولِ مَنْ لم يُلزِمْ المُقِرَّ أكثرَ مِن الفَضْلِ عن ميراثِه ؛ لأنَّ المُقَرَّ بهما ، والمُتَّفَق عليه ، / لا ينقُصُ ميراثُه عن الرُّبْعِ ، ولم يحصُلْ له على هذا القول إلَّا التُّسْعانِ . وقيل : يَدْفَعُ الأكبرُ إليهما نِصْفَ ما فى يدِه ، ويأخذُ المُتَّفَقُ عليه من الأصْغرِ ثُلُثَ ما فى يدِه ، فيحْصُلُ للأصْغرِ الثُّلُثُ ، وللأكبرِ الرُّبْعُ ، وللمُتَّفَق عليه السُّدُسُ والثُّمنُ ، وللمُخْتَلَف فيه الثُّمُنُ ، وتصحُّ من أربعةٍ وعشرين ، للأصْغرِ ثمانيةٌ ، وللمُتَّفَقِ عليه سبعةٌ ، وللأكبرِ ستةٌ ، وللمُخْتَلَف فيه ثلاثةٌ . وفيها أقوالٌ كثيرةٌ سِوَى هذا .

٦/١٤٥و

فصل : إذَا خَلَّفَ ابنًا ، فأقَرَّ بأخَوَيْن دَفْعةً واحدةً ، فتصادَقا ، ثبَت نَسَبُهما . وإنْ تجاحَدا ، فكذلك فى أحدِ الوَجْهين ؛ لأنَّ نسبَهما ثَبتَ بإقرارِ من هو كُلُّ الورَثةِ قَبْلَهما . وفى الآخرِ ، لا يثبتُ ؛ لأنَّ الإقْرارَ بكلِّ واحدٍ منهما لم يصْدُرْ من كلِّ الورثةِ ، ويَدْفَعُ إلى كلِّ واحدٍ منهما ثُلُثَ ما فى يدِه . وإنْ صَدَّقَ أحدُهما بصاحبِه ، وجَحَدَه الآخَرُ ، ثبتَ نسبُ المُتَّفَقِ عليه ، وفى الآخرِ وجهان . ويَدْفَعُ إلى كلِّ واحدٍ منهما ثُلُثَ ما بقِىَ فى يدِه .

فصل : ولو خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِين ، فأقَرَّ أحدُهم بأخٍ ، وأُخْتٍ ، فصدَّقَه أحدُ أخَوَيْه فى الأخِ ، والآخَرُ فى الأخْتِ ، لم يثبتْ نسبُهما ، ويَدْفَعُ المُقِرُّ بهما إليهما ثُلُثَ ما فى يدِه ، ويَدْفعُ المُقِرُّ بالأخِ إليه رُبْعَ ما فى يدِه ، ويَدْفَعُ المُقِرُّ بالأختِ إليهما سُبْعَ ما فى يدِه ، فأصلُ المسألةِ ثلاثةُ أسْهُمٍ ؛ سهمُ المُقِرِّ يُقْسَمُ بينه وبينهما على تِسْعةٍ ، فله سِتّةٌ ، ولهما ثلاثةٌ ، وسهمُ المُقِرِّ بالأخِ بينهما على أربعةٍ ، له ثلاثةٌ ولأخيه سهمٌ ، وسَهْمُ المُقِرِّ بالأُخْتِ بينه

---

(٢٠) فى م : « يقسم » .

وبينها[٢١] على سَبْعةٍ[٢٢] ، له سِتَّةٌ[٢٣] ، ولها سَهْمٌ ، وكُلُّها متباينةٌ ، فاضرِبْ أربعةً فى سبعةٍ ، فى تِسْعَةٍ ، فى أصْلِ المسْألَةِ ، تكنْ سَبْعَمائةً وسِتَّةً وخَمْسينَ ؛ للمُقِرِّ بهما سِتَّةٌ ، فى أربعةٍ ، فى سَبْعةٍ ، مائةٌ وثمانيةٌ وستون ، وللمُقِرِّ بالأُخْتِ سِتَّةٌ ، فى أربعةٍ ، فى تِسْعَةٍ ، مائتان وسِتَّةَ عَشَرَ ، وللمُقِرِّ بالأخِ ثلاثةٌ ، فى سَبْعةٍ ، فى تِسْعةٍ ، مائةٌ وتِسْعةٌ وثمانون ، وللأخِ المُقَرِّ به سهمانِ، فى أربعةٍ، / فى سَبْعةٍ، سِتَّةٌ وخمسون، وسهمٌ فى سبعةٍ[٢٢]، فى تِسْعةٍ ، ثلاثةٌ وسِتّون ، فيجْتَمعُ له مائةٌ وتِسْعَةَ عَشَرَ ، وللأُخْتِ سهمٌ ، فى أربعةٍ ، فى سَبْعةٍ ، ثمانيةٌ وعشرون ، وسهمٌ فى أربعةٍ ، فى تِسْعةٍ ، سِتَّةٌ وثلاثون ، يَجْتَمِعُ لها أربعة وسِتّون ، ولا فَرْقَ بينَ تصادُقِهما ، وتجاحُدِهما ؛ لأنَّه لا فضْلَ فى يدِ أحدِهما عن ميراثِه .

١٤٥/٦ ظ

ولو كان فى هذه المسْألةِ ابنٌ رابعٌ ، لم يُصدِّقْه فى واحدٍ منهما ، كان أصْلُ المسْألةِ من أربَعَةٍ[٢٤] أسْهُمٍ ، على أحَدَ عَشَرَ ، وسَهْمٍ على تِسْعةٍ ، وسَهْمٍ على خَمْسةٍ ، وسَهْمٍ يَنْفَرِدُ به الجاحِدُ ، فتصِحُّ المسألةُ منْ ألْفٍ وتِسْعِمائةٍ وثمانين سهمًا ، وطريقُ العَمَلِ فيها كالتى قبْلَها .

فصل : إذا خلَّفَ بنتًا وأُختًا ، فأقرَّتا لصغيرةٍ ، فقالتِ البِنْتُ : هى أُخْتٌ . وقالتِ الأُخْتُ : هى بنتٌ . فلها ثُلُثُ ما فى يدِ الأُخْتِ لا غيرُ . وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلى ، ولمحمّدِ ابنِ الحسَنِ، واللُّؤْلُؤِىِّ ، ويحيى بن آدمَ ، تخْبِيطٌ كثيرٌ، يطُولُ ذِكْرُه . وإنْ خَلَّفَ امرأةً وبنتًا وأخْتًا ، فأقْرَرْنَ بصغيرةٍ ، فقالتِ المرأةُ : هى امرأةٌ . وقالتِ البنتُ : هى بنتٌ . وقالتِ الأختُ : هى أُخْتٌ . فقال الْخَبْرِىُّ : تُعْطَى ثُلُثَ المالِ ؛ لأنَّه أكثرُ ما يُمْكِنُ أنْ يكونَ لها ، ويُؤْخَذُ من المُقِرَّاتِ على حَسَبِ إقْرارِهنَّ ، وقد أقرَّتْ لها البِنْتُ بأربعةِ أسْهُمٍ من أربعةٍ وعشرين ، وأقرَّتْ لها الأختُ بأربعةٍ ونِصْفٍ ، وأقَرَّتِ المرأةُ بسهْمٍ ونصفٍ ،

---

(٢١) فى م : « وبينهما » .

(٢٢) فى م : « ستة » .

(٢٣) فى م : « خمسة » .

(٢٤) سقط من : م .

وذلك عَشَرَةُ أَسْهُمٍ ، لها[٢٥] منها ثمانيةٌ ، وهى أربعةُ أخماسِها ، فخُذْ لها من كلِّ واحدةٍ أربعةَ أخْماسِ ما أقرّتْ لها به ، واضْرِبِ المسْألةَ فى خَمْسةٍ ، تكُنْ مائةً وعشرين ، ومنها تَصِحُّ ، فإذا بلَغَتِ الصَّغِيرةُ ، فصدَّقت إحْداهُنَّ ، أخذَتْ منها تمامَ ما أقرّتْ لها به ، وردَّتْ على الباقِيَتَيْنِ ما أخذَتْه ممَّا لا تَسْتَحِقُّه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : يُؤْخَذُ لها من[٢٦] كلِّ واحدةٍ ما أقرّتْ لها به . وإذا بلَغَتْ فصدَّقتْ إحْداهُنَّ، أمْسكتْ ما أُخِذَ لها منها ، وردَّت على الباقِيَتَيْن الفَضْلَ الذى لا تَسْتَحِقُّه عليهما[٢٧] ، وهذا القولُ أصْوَبُ ، إنْ شاءَ اللهُ /تعالى ؛ لأنَّ فيه احْتياطًا على حَقِّها . ثلاثةُ إخْوةٍ لأبٍ ، ادَّعَتِ امرأةٌ أنَّها أُختُ المَيِّتِ لأبيه وأمِّه ، فصَدَّقها الأكبرُ ، وقال الأوْسَطُ : هى أختٌ لأُمٍّ . وقال الأصْغَرُ : هى أختٌ لأبٍ . فإنَّ الأكْبَرَ يَدْفَعُ إليها نِصْفَ ما فى يدِه ، ويدفعُ إليها الأوْسَطُ سُدُسَ ما فى يدِه ، ويَدْفعُ إليها الأصْغَرُ سُبُعَ ما فى يدِه ، وتَصِحُّ من مائةٍ وستَّةٍ وعِشْرين ؛ لأنَّ أصْلَ مسألتِهم ثلاثةٌ ، فمسألةُ الأكْبرِ من اثْنَيْن ، والثَّانى من سِتَّةٍ ، والثَّالثِ من سبْعةٍ ، والاثْنانِ تدخُل فى السِّتَّةِ ، فتَضْرِبُ سِتَّةً فى سَبْعةٍ ، تكُن اثْنينِ وأربعين ، فهذا ما فى يدِ كلِّ واحدٍ منهم ، فتأخذُ من الأكبرِ نِصْفَه أحَدًا[٢٨] وعِشْرين ، ومن الأوْسطِ سُدُسَه سبعةً ، ومن الأصْغرِ سُبْعَه سِتَّةً ، صار لها أربعةٌ وثلاثون . وهذا قياسُ قولِ ابنِ أبى لَيْلَى . وفى قولِ أبى حنيفةَ تأخذُ سُبْعَ ما فى يدِ الأصْغرِ ، فيُضَمُّ نِصْفُه إلى ما بيدِ أحدِهما ، ونِصْفُه إلى ما بيدِ الآخرِ ، ويُقاسِمُ الأوْسَطَ على ثلاثةَ عَشَرَ ، له عَشَرَةٌ ، ولها ثلاثةٌ ، فيَضُمُّ الثَّلاثةَ إلى ما بيدِ الأكْبرِ ، ويُقاسِمهُ ما بيدِه على أربعةٍ ، لها ثلاثةٌ ، وله سَهْمٌ ، فاجْعَلْ فى يدِ الأصغرِ أربعةَ عَشَرَ ؛ ليكونَ لسُبْعِه نِصْفٌ صحيحٌ ، واضْرِبْها فى ثلاثةَ عَشَرَ ، تكُنْ مائةً واثنين وثمانين ، فهذا ما بيدِ كلِّ واحدٍ منهم ، تأخُذُ من

١٤٦/٦ و

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) فى ا : « فى » .

(٢٧) فى م : « عليها » .

(٢٨) فى ا : « إحدى » .

الأصْغرِ سُبُعَه ، وهو ستةٌ وعشرون ، تُضَمُّ إلى ما بيدِ كلِّ واحدٍ من إخوتِه ثلاثةَ عَشَرَ ، فيصيرُ معه[29] مائةٌ وخمسةٌ وتسعون ، وتأْخُذُ من الأوْسطِ منها ثلاثةً من ثلاثةَ عَشَرَ ، وهى خمسةٌ وأربعون ، تضمُّها إلى ما بيدِ الأكْبرِ ، يصير معه مائتان وأربعون ، فتأخذُ ثلاثةَ أرْباعِها ، وهى مائةٌ وثمانون ، ويَبْقَى له ستون ، ويَبْقَى للأوْسطِ مائةٌ وخمسون ، وللأصْغرِ مائةٌ وستةٌ وخمسون ، وتَرْجِعُ بالاخْتِصارِ إلى سُدُسِها ، وهو أحدٌ وتسعون .

فصل : وإذا خَلَّفَ ابنًا ، فأقرَّ بأخٍ ، ثم جَحَدَه ، لم يُقْبَلْ جَحْدُه ، ولَزِمَه أنْ يَدْفَعَ إليه نِصْفَ ما بيدِه . فإنْ أقرَّ بعدَ جَحْدِه بآخرَ ، احْتَمَلَ أنْ لا يَلْزَمَه / له شىءٌ ؛ لأنَّه لا فَضْلَ فى يدِه عنْ مِيراثِه . وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى . فإنْ كان لم يدْفَعْ إلى الأوَّلِ شيئًا ، لَزِمَه أنْ يَدْفَعَ إليه نِصْفَ ما بيدِه ، ولا يَلْزَمُه للآخرِ شىءٌ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه دَفْعُ النِّصْفِ الباقى كلِّه إلى الثانى ؛ لأنَّه فوَّتَه عليه . وهذا قولُ زُفَرَ ، وبعضِ البَصْرِيِّين . ويَحْتَمِلُ أن يلزمَه ثُلُثُ ما فى يدِه للثَّانى ؛ لأنَّه الفضْلُ الذى فى يدِه ، على تَقْديرِ كَوْنِهم ثلاثةً ، فيصير كما لو أقرَّ بالثَّانى[30] مِنْ غيرِ جَحْدِ الأوَّلِ . وهذا أحدُ الوُجوهِ لأصْحابِ الشّافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال أهلُ العِراقِ : إنْ كان دَفَعَ إلى الأوَّلِ بقَضاءٍ ، دَفَعَ إلى الثَّانى نِصْفَ ما بَقِىَ فى يدِه ، وإن كان دَفَعَه بغيرِ قضاءٍ ، دَفَعَ إلى الثَّانى ثُلُثَ جميعِ المالِ . وإن خَلَّفَ ابنين ، فأقرَّ أحدُهما بأخٍ ، ثم جَحَدَه ، ثم أقرَّ بآخَرَ ، لم يلزَمْه للثَّانى شىءٌ ؛ لأنَّه لا فَضْلَ فى يدِه . وعلى الاحْتمالِ الثَّانى يَدْفَعُ إليه نِصْفَ ما بَقِىَ فى يدِه . وعلى الثَّالِثِ يلزمُه رُبُعُ ما بَقِىَ فى يدِه . ولا يَثْبُتُ نسبُ واحدٍ منهما فى هذه الصورةِ ، ويثبتُ نسبُ المُقَرِّ به الأوَّلِ فى المسألةِ الأُولَى ، دون الثانى .

فصل : إذا مات رجلٌ ، وخَلَّفَ ابْنَين ، فمات أَحَدُهما ، وترك بنْتًا ، فأقرَّ الباقى بأخٍ له من أبيه ، ففى يدِه ثلاثةُ أرْباعِ المالِ ، وهو يَزْعُمُ أنَّ له رُبُعًا ، وسُدُسًا ، فيفْضُلُ فى يدِه

---

(29) فى م : « معهم » .

(30) سقط من : م .

ثُلُثٌ يُردُّه على المُقَرِّ به . وإنْ أقرَّت به البِنْتُ وَحْدَها ، ففي يدِها الرُّبُعُ ، وهي تَزْعُمُ أنَّ لها السُّدُسَ ، يفْضُلُ في يدِها نِصْفُ السُّدُسِ ، تدْفَعُه إلى المُقَرِّ له . وهذا قولُ ابنِ أبي لَيْلَى .
وقال أبو حنيفةَ : إنْ أقرَّ الأخُ ، دَفَعَ إليه نِصْفَ ما في يدِه ، وإنْ أقرّتِ البنتُ ، دَفعتْ إليه خَمْسَةَ أسباعِ ما في يدِها ؛ لأنَّها تَزْعُمُ أنَّ له رُبُعًا ، وسُدُسًا ، وهو خمسةٌ من اثنى عَشَرَ ، ولها السُّدُسُ ، وهو سهمانِ ، فيصيرُ الجميعُ سَبْعةً ، لها منها[31] سَهْمان ، وله خَمْسَةٌ .
بنتانِ وعمٌّ ، ماتتْ إحداهما ، وخلَّفتِ ابنًا وبنتًا ، فأقرَّتِ البنتُ بخالةٍ ، ففَريضةُ الإنْكارِ من تِسْعَةٍ ، وفريضةُ الإقرارِ من سبعةٍ وعشرين ، / ولها[32] منها سَهْمان ، وفي يدِها ثلاثةٌ ، فتَدْفَعُ إليها سهمًا ، وإنْ أقرَّ بها الابنُ ، دَفَعَ إليها سَهْمين ، وإنْ أقرّتْ بها البنتُ الباقيةُ دفَعتْ إليها التُّسعَ ، وإنْ أقرَّ بها العَمُّ . لم يدْفَعْ إليها شيئًا . وإنْ أقرَّ الابنُ بخالٍ له ، فمسألةُ الإقْرارِ من اثنى عَشَرَ ، له منها سَهْمان ، وهما السُّدُسُ ، يَفْضُلُ في يدِه نِصْفُ تُسعٍ . وإنْ أقرّتْ به أختُه دفعتْ إليه رُبُعَ تُسعٍ ، فإنْ أقرّتْ به البِنْتُ الباقيةُ فلها الرُّبُعُ ، وفي[33] يَدِها الثُّلُثُ ، فتَدْفعُ إليه نِصْفَ السُّدُسِ ، وإنْ أقرَّ به العمُّ دَفَعَ إليه جميعَ ما في يدِه . ابنانِ ، مات أحدُهما عن بنتٍ ، ثمّ أقرَّ الباقي منهما بأمٍّ لأبيه ، ففَريضةُ الإنْكارِ من أربعةٍ ، للمُقِرِّ منها ثلاثةُ أرْباعِها ، وفريضةُ الإقْرارِ من اثنين وسبعين ، للمُقِرِّ منها أربعون ، يفضُلُ في يدِه أربعةَ عَشَرَ سهمًا ، يدْفَعُها إلى المرأةِ التي أقرَّ لها ، وترجِعُ بالاخْتصارِ إلى ستّةٍ وثلاثين ؛ للمُقِرِّ منها عشرون ، وللبنتِ تسعةٌ ، وللمُقَرِّ لها سَبْعةٌ . ومذهبُ أبي حنيفةَ تُعْمَلُ كذلك ، إلَّا أنَّه يَجْمَعُ سِهامَ الأمِّ ، وهي سَبْعَةَ عَشَرَ ، إلى سهامِ المُقِرِّ ، وهي أربعون ، فتقْسِمِ عليها ثلاثةَ أرباعِ المالِ ، فما أصابَ كلَّ واحدٍ فهو له ، فتَضْرِبُ سبعةً وخمسين في أربعة ، تكُنْ مائتين وثمانيةً وعِشرين ، فللبنتِ سهمٌ في سبعةٍ وخمسين ، وللمُقِرِّ أربعون في ثلاثةٍ ، تكنْ مائةً وعشرين ، وللأُمِّ سَبْعَةَ عَشَرَ في ثلاثةٍ ، أحدٌ

١٤٧/٦و

---

(٣١) في م : « منهما » .
(٣٢) في ا ، م : « ولهما » .
(٣٣) في م : « ولو » .

وخمسون . وإن أقرَّتْ بها البنتُ ، فلها من فَرِيضةِ الإقْرارِ خَمْسَةَ عَشَرَ سهمًا ، وفى يدِها الرُّبْعُ ، وهو ثمانيةَ عَشَرَ ، يفضُلُ فى يدِها ثَلاثةٌ ، تدفعُها إلى المُقَرِّ لها . وإنْ أقرَّ الابنُ بزَوْجةٍ لأبيه ، وهى أمُّ الميِّتِ الثَّانى ، فمسألةُ الإقرارِ من ستَّةٍ وتسعين ، له[٣٤] منها ستَّةٌ وخمسون ، وفى يدِه[٣٥] ثلاثةُ أرباعٍ ، يفْضُل معه سِتَّةَ عَشَرَ سهمًا ، يدْفَعُها إلى المُقَرِّ لها ، ويكونُ له ستَّةٌ وخمسون ، ولها سِتَّةَ عَشَرَ ، وللبِنْتِ أربعةٌ وعشرون ، وتَرْجِعُ بالاختِصارِ إلى اثنى عَشَرَ ؛ لأنَّ سهامَهم كلَّها تَتَّفِقُ بالأثْمانِ ، فيكونُ للمُقِرِّ سَبْعةٌ ، وللمقَرِّ لها / سهمان ، وللبِنْتِ ثلاثةٌ . وفى قولِ أبى حنيفةَ : تُضَمُّ سهامُ المُقَرِّ لها ، وهى تسعةَ عَشَرَ إلى سهامِ المُقِرِّ ، فتكونُ خمسةً وسبعين ، وتُقْسَم عليها ثلاثةُ الأرْباعِ ، وهما يتَّفِقان بالأثْلاثِ ، فترْجِع السِّهامُ إلى ثُلُثِها خَمْسَةٍ وعشرين[٣٦] ، تَضْرِبُها فى أرْبَعَةٍ ، تكُنْ مائةً ، للبِنْتِ سهمٌ فى خمسةٍ وعشرين ، وللمرأةِ تِسْعَةَ عَشَرَ فى سهم ، وللمُقِرِّ ستَّةٌ وخمسون ، وما جاءَ من هذا البابِ فهذا طريقٌ له . أبَوان وابنتانِ ، اقتسموا التَّرِكَةَ ، ثمَّ أقرُّوا بِنْتٍ للميِّتِ ، فقالت : قد استَوْفَيْتُ نَصِيبى من تَرِكَةِ أبى . فالفَرِيضةُ فى الإقْرارِ من ثمانِيَةَ عَشَرَ ؛ للأبَوَيْنِ سِتَّةٌ ، ولكلِّ بنتٍ أربعةٌ ، فأَسْقِطْ منها نصيبَ البنتِ المُقَرِّ بها ، يبْقَى أرْبَعَةَ عَشَرَ ؛ للأبَوَيْنِ منها ستَّةٌ ، وإنَّما أخذا ثُلُثَ الأربعةَ عَشَرَ ، وذلك أربعةُ أسْهُمٍ وثُلُثا سَهْمٍ ، فيَبْقَى لهما فى يَدِ البِنْتين سهمٌ وثُلُثٌ ، يأْخُذانِها منها ، فاضْرِبْ ثلاثةً فى أربعةَ عَشَرَ ، تكُنْ اثنين وأربعينَ ، فقد أخذَ الأبوانِ أرْبَعَةَ عَشَرَ ، وهما يستحِقَّان ثمانِيَةَ عَشَرَ ، يَبْقَى لهما أربعةٌ ، يأْخُذانِها منهما ، ويَبْقَى للابْنَتَيْن أربعةٌ وعشرون ، وإنْ قالتْ : قد اسْتَوْفَيْتُ نِصْفَ نصيبى . فأَسْقِطْ سَهْمين من ثمانِيَةَ عَشَرَ ، يَبْقَى سِتَّةَ عَشَرَ ، قد أخذا ثُلُثَها ، خَمْسَةً وثُلُثًا ، ويَبْقَى لهما ثُلُثا سهمٍ ، فإذا ضَرَبْتها فى ثلاثةٍ ، كانتْ ثمانيةً وأربعين ، قد أخذا منها سِتَّةَ عَشَرَ ، يَبْقَى لهما سَهْمان .

١٤٧/٦ظ

---

(٣٤) فى م : « لها » .

(٣٥) فى م : « يدها » .

(٣٦) فى م : « وعشرون » .

فصل : إذا أقَرَّ بعضُ الوَرَثَةِ ممَّنْ أُعِيلَتْ له المسألةُ بِمَنْ يُعصِّبُه ، فيذهبُ العَوْلُ ، مثلُ مسألةٍ فيها زوجٌ وأختانِ ، أقرَّتْ إحْداهما بأخٍ لها ، فاضْرِبْ مسألةَ الإقْرارِ ، وهى ثمانيةٌ ، فى مسألة الإنكارِ ، وهى سبعةٌ ، تكُنْ سِتَّةً وخمسين ؛ للمُنْكِرَةِ سهمان ، فى مسألةِ الإقْرارِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وللمُقِرَّةِ سَهْمٌ فى مَسْألةِ الإنكارِ سَبْعَةٌ ، يفْضُلُ فى يدِها تِسْعَةُ أسهمٍ ، فيُسْألُ الزَّوْجُ ، فإنْ أنْكَرَ أُعْطِىَ ثلاثةً فى ثمانيةٍ ، أربعةً وعشرون ، ودفعتِ المُقِرَّةُ إلى المُقَرِّ له ما فَضَلَ فى يدِها كلَّه ، وإن أقَرَّ الزَّوْجُ به فهو يدَّعِى أربعةً ، / والأخُ يدَّعِى أربعةَ عَشَرَ ، فتجْمَعُها تكُنْ ثمانيةَ عَشَرَ ، وتَقْسِمُ عليها التِّسْعَةَ ، فتدفعُ إلى الزَّوْجِ سَهْمين ، وإلى الأخِ سَبْعةً ، فإنْ أقرَّتِ الأُخْتان به ، وأنكرَ الزَّوْجُ ، وهو ينْكِرُها ، ففيه ثلاثةُ أوجه ؛ أحدها ، أنْ تُقَرَّ فى يدِ مَنْ هى فى يدِه ؛ لأنَّ إقرارَه بَطَلَ لعَدَمِ تصْديقِ المُقَرِّ له . والثَّانى ، يَصْطَلِحُ عليها الزَّوجُ والأُختان ، له نِصْفُها ، ولهما نِصْفُها ؛ لأنَّها لا تَخْرُجُ عنهم ، ولا شئَ فيها للأخِ ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ له فيها شئٌ بحالٍ . الثَّالثُ ، يُؤْخَذُ إلى بيتِ المالِ ؛ لأنَّه مالٌ لم يثبُتْ له مالكٌ . ومذهبُ أبى حنيفةَ ، رضِىَ اللهُ عنه ، فى الصُّورةِ الأُولى ، إنْ أنْكَرَ الزَّوْجُ ، أخذَتِ المُقِرَّةُ سَهْمَيْها من سَبْعَةٍ ، فتقْسِمُها بينها وبين أُخْتِها على ثلاثةٍ ، فتضْرِبُ ثلاثةً فى سَبْعَةٍ ، تكُنْ أحدًا وعشرين[٣٧] ، لهما منها سِتَّةٌ ، لها سهمانِ ، ولأُخْتِها أَرْبعةٌ . وإنْ أقَرَّ الزَّوْجُ ضَمَّ سِهامَه إلى سَهْمَيْهما ، تكُنْ خمسةً ، واقْتَسَماها بينهم على سَبْعَةٍ ؛ للزَّوجِ أربعةٌ ، وللأخِ سَهْمان ، وللأُخْتِ سهمٌ ، ثم تَضْرِبُ سَبْعةً فى سبعةٍ ، تكنْ تسعةً وأربعينَ ، ومنها تصحُّ ؛ للمُنْكِرَةِ سَهْمان فى سبعة ، أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، وللزَّوجِ أربعةٌ فى خمسةٍ ، وللأخِ سهمان فى خمسةٍ ، وللمقرّة سهمٌ فى خَمْسةٍ . فإنْ خلَّفت أُمًّا وزوجًا ، وأختًا من أبٍ ، فأقرَّتِ الأختُ بأخٍ لها ، فمسألةُ الإنْكارِ من ثمانيةٍ ، ومسألةُ الإقْرارِ من ثمانيةَ عَشَرَ ، ويتَّفقانِ بالأنْصافِ ، فاضْرِبْ نِصْفَ إحْداهما فى الأُخرَى ، تكُنِ اثْنَيْن وسبعين ؛ للأُمِّ ثمانيةَ عَشَرَ ، وفى يدِ

(٣٧) فى م زيادة : « وعشرين » .

الْمُقِرَّةِ[38] سبعةٌ وعشرون ، ولها من مسْألةِ الإقرارِ ثمانيةٌ ، يفْضُلُ فى يدِها تِسْعَةَ عَشَرَ ، فَيَسْأَلُ الزَّوْجُ ، فإنْ أنكرَ أخذَ الأخُ سِتّةَ عَشَرَ ، وبَقِيَتْ ثلاثةُ أسْهُمٍ ، فيها الأوْجُهُ الثّلاثةُ ، وإن أقرَّ فهو يَدَّعِى تِسْعةً ؛ لأنّه يدَّعِى تَمامَ النِّصْفِ ، والأخُ يدَّعِى سِتّةَ عشَرَ ، فتَضُمُّ التِّسْعةَ إلى سِتّةَ[39] عَشَرَ ، تكُنْ خمسةً وعِشْرين ، والتِّسْعَةَ عشَرَ لا تُوافِقُها ، فتَضْرِبُ خَمْسةً وعشرين ، فى اثنين وسبعين ، تكُنْ ألفًا وثمانمائةٍ ، / ثم كلُّ مَنْ له شىءٌ من اثنين وسبعين ، مَضْرُوبٌ فى خمسةٍ وعشرين ، ومَنْ له شىءٌ مِنْ خَمْسَةٍ وعشرين ، مضروبٌ فى تِسْعَةَ عَشَرَ . وسُئِلَ المغيرةُ الضَّبِّىُّ عن هذه المسْألةِ ، فأجاب بهذا ، وذكَرَ أنّه قولُ النَّخَعِىِّ . قال يحيى بنُ آدمَ : وهى فى قولِ حَمَّادٍ وأبى حنيفةَ ؛ من عشرين سهمًا . يعنى للأمِّ رُبُعُها خمسةٌ ، والباقى بين الزَّوْجِ والأخِ ، والأختِ ، على قَدْرِ سِهامِهم من فريضَةِ الإقرارِ ، للزَّوْجِ تِسْعَةٌ ، وللأخِ أربعةٌ ، وللأُخْتِ سهمان . وإنْ صَدَّقَتْها الأمُّ وَحْدَها دونَ الزَّوْجِ ، أُعْطِيَتِ الأمُّ السُّدُسَ ، والأخُ والأختُ الثُّلُثَ بينهما على ثلاثةٍ ، وللزَّوْجِ ثلاثةُ أثْمانٍ ، ويَبْقَى الثُّمُنُ فيه الأوْجُهُ الثّلاثةُ .

١٤٨/٦ ظ

فصل : وإنْ أقرَّ وارثٌ بمَنْ لا يَرِثُ ، ويسْقُطُ به ميراثُه ، كأُخْتٍ مِنْ أبٍ أقرَّتْ بأخٍ لها ، فى مسْألةٍ فيها زوجٌ وأختٌ من أبوين ، أو أقرَّتْ بأخٍ من أبَوَيْن ، سَقَطَ ميراثُها ، ويُقَسَّمُ المالُ بَيْنَ الزَّوْجِ والأخْتِ نِصْفَين ، إنْ صدَّقاها فى الصورة الأولى ، وفى الثّانية ، للزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباقى بينَ الأخِ والأُخْتِ على ثلاثةٌ ، وإنْ كذَّباها ، فالمُقَرُّ به هو السُّبُعُ ، ففيه الأوْجُهُ الثّلاثةُ فى الصُّورةِ الأولَى ، ويَدْفَعُ إلى الأبوينِ فى الصُّورَةِ الثّانيةِ . وإنْ خَلَّفَتْ زوجًا وأمًّا وأختين لأمٍّ وأُخْتَيْن لأبٍ ، فأقرَّتْ إحْداهما بأخٍ لها ، سقطَ ميراثُها ، ولا شىءَ للأخِ ، وللأُخْرى خُمُسُ المالِ ، والبّاقى بَيْنَ سائِرِ الورَثَةِ على سِتَّةٍ ، إنْ أقرُّوا فاضْرِبْ سِتّةً فى خَمْسَةٍ ، تكنْ ثلاثين ، وإنْ أنْكرتِ الأمُّ ، فلها العُشْرُ أيضًا ، والباقى بَيْنَ الزَّوْجِ

---

(38) فى م : « المقر » .

(39) فى ا ، م : « الستة » .

والأختينِ من الأمِّ على خَمْسَةٍ ، وإنْ أنْكَرَتْهُ الأُخْتان مِنَ الأمِّ ، فلهما الخُمُسُ أيضًا ، والباقِ كلُّه للزَّوْجِ ، وتصحُّ مِنْ عَشَرَةٍ ، وإنْ أنْكره الزَّوْجُ فله خُمُسٌ وعُشْرٌ ، فَيَبْقَى خُمُسُ المالِ ، لا يدَّعيه أحدٌ ، يُقِرُّون به للأُخْتِ المُقِرَّةِ ، وهى تُقِرُّ به لهم ، ففيه الأوْجُه الثَّلاثة ، إلَّا أنَّنا إذا قُلْنا : يُقَسَّمُ بينهم . فلا شىءَ فيه للأُخْتِ المُنْكِرَةِ ، ولا للمُقِرِّ به بحالٍ ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ لهما شىءٌ بحالٍ .

١٤٩/٦و **فصل** : امرأةٌ وعمٌّ / ووَصِىٌّ لرجُلٍ بثُلُثِ مالِه ، فأقَرَّتِ المرْأةُ والعمُّ ، أنَّه أخو الميِّتِ ، وصدَّقهما ، ثَبَتَ نَسَبُه ، وأخَذَ ميراثَه . وإنْ أقرَّتْ به المرْأةُ وحْدَها ، فلم يُصدِّقْها المُقَرُّ به ، لم يؤثِّرْ إقرارُها شيئًا ، وإنْ صدَّقها الأخُ وَحْدَه ، فللمرأةِ الرُّبُعُ بكَمالِه ، إلَّا أنْ يُجيزَ الوصيَّةَ ، وللعمِّ النِّصْفُ ، ويَبْقَى الرُّبُعُ يُدْفَعُ إلى الوَصِىِّ ، وإنْ صدَّقها العَمُّ ، ولم يُصَدِّقْها الوَصِىُّ ، فله الثُّلُثُ ، وللمَرْأةِ الرُّبُعُ ، والباقِى يُقِرُّ به العَمُّ لمن لَا يَدَّعِيه ، ففيه الأوْجُهُ الثَّلاثةُ . وإنْ أقرَّ به العَمُّ وَحْدَه ، فصَدَّقه المُوصَى له ، أخَذَ ميراثَه ، وهو ثلاثةُ أرْباعِ المالِ ، وللمرأةِ السُّدُسُ ، ويَبْقَى نِصْفُ السُّدُسِ ، فيَحْتَمِلُ أنْ يكُونَ لها ؛ لأنَّ المُوصَى له يعْتَرِفُ ببُطْلانِ الوَصِيَّةِ ، أو وُقوفِها على إجازةِ المرأةِ ولم تُجِزْها ، ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ فيه الأوْجُهُ الثَّلاثةُ ، وإنْ لم يُصدِّقْه ، أخَذَ الثُّلُثَ بالوَصِيَّةِ ، والمرأةُ السُّدُسَ بالميراثِ ، ويَبْقَى النِّصْفُ فيه الأوْجُهُ الثَّلاثةُ .

١٠٤٣ – مسألة ؛ قال : (وَالقَاتِلُ لَا يَرِثُ المَقْتُولَ ، عمدًا كَانَ القَتْلُ أوْ خطأً)

أجْمعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ قاتِلَ العَمْدِ لا يَرِثُ من المَقْتُولِ شيئًا ، إلَّا ما حُكِىَ عن سعيدِ ابنِ المُسَيَّبِ وابْنِ جُبَيْرٍ ، أنَّهما وَرَّثاه ، وهو رأىُ الخَوارِجِ ؛ لأنَّ آيَةَ الميراثِ تتناولُه بعمومِها ، فيجبُ العملُ بها فيه ، ولا تَعْويلَ على هذا القولِ ؛ لشُذوذِه ، وقيامِ الدَّليلِ على خلافِه . فإنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أعْطَى دِيَةَ ابنِ قَتادَةَ المُدْلِجِىِّ[1] لأخِيه دونَ

(١) فى النسخ : « المذحجى » . والتصويب من مصادر التخريج .

أبيه ، وكان حَذَفَه بسيْفِه فقتَلَه . واشتَهرتْ هذه القصةُ بَيْنَ الصَّحابةِ رضى الله عنهم ، فلم تُنكَرْ ، فكانتْ إجماعًا ، وقال عمرُ : سمعتُ رسولَ الله ﷺ ، يقول : « لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَىْءٌ » رواه مالِكٌ فى مُوَطَّئِه ، والإمامُ أحمدُ بإسْنادِه[٢] . ورَوى عمرو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النَّبِىِّ ﷺ نحوَه . رواه ابنُ اللَّبَّانِ بإسْنادِه ، ورواهما ابنُ عبدِ الْبَرِّ فى « كتابِه » . ورَوَى ابنُ عبَّاسٍ رَضِىَ اللهُ عنهما ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَإِنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ ، وإنْ كَانَ وَالِدَهُ أَوْ وَلَدَهُ ، فَلَيْسَ لِقَاتِلٍ مِيرَاثٌ » . روَاه الإمامُ أحمدُ بإسنادِه[٣] ، / ولأنَّ تَوْرِيثَ القاتِلِ يُفْضِى إلى تكْثيرِ القَتْلِ ؛ لأنَّ الوارِثَ رُبَّما استَعْجَلَ مَوْتَ مَوْرُوثِه ، ليأْخُذَ مالَه ، كما فعلَ الإسْرائيلىُّ الذى قَتَلَ عَمَّه ، فأنْزلَ اللهُ تعالى فيه قصَّةَ البقرةِ . ويُقال[٤] : ما وُرِّثَ قاتِلٌ بَعْدَ عاميلَ ، وهو اسمُ القَتيلِ . فأمَّا القَتْلُ خطأً ، فذهب كثيرٌ من أهْلِ العِلْمِ إلى أنَّه لا يَرِثُ أيضًا . نَصَّ عليه أحمدُ . ويُرْوَى ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وزَيْدٍ ، وعبدِ اللهِ بنِ مَسْعودٍ ، وعبدِ اللهِ بنِ عَبَّاسٍ ، ورُوِىَ نَحْوُه عن أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، وعُرْوَةُ ، وطاوسٌ ، وجابرُ بنُ زَيْدٍ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وشَرِيكٌ ، والحَسَنُ بنُ صَالِحٍ ، ووَكيعٌ ، والشَّافِعِىُّ ، ويحيى بنُ آدمَ ، وأصْحابُ الرَّأْى . ووَرَّثَه قومٌ من المالِ دون الدِّيَةِ . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وعمرو بنِ شُعَيْبٍ ، وعَطاءٍ ، والحسَنِ ، ومُجاهِدٍ ، والزُّهْرِىِّ ، ومَكْحولٍ ، والأوْزاعىِّ ، وابنِ أبى ذِئْبٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وداودَ . ورُوِىَ نحوُه عن علىٍّ ؛ لأنَّ ميراثَه ثابتٌ بالكِتابِ والسُّنَّةِ ،

٦/١٤٩ ظ

---

(٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى ميراث العقل والتغليظ فيه ، من كتاب العقول . الموطأ ٢ / ٨٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ديات الأعضاء ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢ / ٤٩٦ . وابن ماجه ، فى : باب القاتل لا يرث ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٨٤ .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا يرث القاتل ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٠ . وليس فى مسند الإمام أحمد . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ١١٨ ، ١١٩ .

(٤) فى م : « وقيل » .

تَخَصَّصَ قاتِلُ العَمْدِ بالإجْماعِ ، فوجَبَ البقاءُ على الظّاهِرِ فيما سِواهُ . ولَنا ؛ الأحاديثُ المذكورةُ ، ولأنَّ مَنْ لا يَرِثُ مِنَ الدِّيَةِ لا يرِثُ منْ غَيْرِها ، كقاتِلِ العَمْدِ ، والمُخالِفِ فى الدِّينِ ، والعُموماتُ مُخصَّصةٌ بما ذكَرْناه .

فصل : والقتلُ المانِعُ مِنَ الإِرْثِ هو القَتْلُ بغيرِ حَقٍّ ، وهو المضمونُ بقَوَدٍ ، أو دِيَةٍ ، أو كفّارةٍ ، كالعَمْدِ ، وشِبْهِ العَمْدِ ، والخَطَإِ ، وما أُجْرِىَ[5] مُجْرَى الخطإِ ؛ كالقَتْلِ بالسَّبَبِ ، وقَتْلِ الصَّبِىِّ ، والمجْنونِ ، والنّائمِ ، وما ليس بمَضْمونٍ بشىءٍ ممَّا ذكَرْنا لم يَمْنَعِ الميراثَ ؛ كالقَتْلِ قِصاصًا أو حَدًّا ، أو دَفْعًا عن نفسِه ، وقَتْلِ العادِلِ الباغِىَ ، أو مَنْ قَصَدَ مَصْلَحَةَ مُوَلِّيه بما لَهُ فِعْلُه ؛ مِنْ سَقْىِ دواءٍ ، أو بَطِّ خُرَاجٍ ، فماتَ . ومَنْ أَمَرَه إنسانٌ عاقلٌ كبيرٌ بِبَطِّ خُرَاجِه ، أو قَطْعِ سَلْعَةٍ منه ، فتَلِفَ بذلك ، وَرِثَه فى ظاهِرِ المذْهَبِ . قال أحمدُ : /إذا قَتَلَ العادِلُ الباغِىَ فى الحربِ يرِثُه . ونقل محمدُ بنُ الحَكَمِ عن أحمدَ ، فى أربعَةٍ شَهِدوا على أُخْتِهم بالزِّنَى ، فرُجِمَتْ ، فَرَجَمُوا مع النَّاسِ : يَرِثُونَها هم غيرُ قَتَلَةٍ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، تَدُلُّ على أنَّ القتْلَ يَمْنَعُ الميراثَ بكلِّ حالٍ ، فإنَّه قال ، فى روايةِ ابْنَيْه صالحٍ ، وعبدِ اللهِ : لا يَرِثُ العادِلُ الباغِىَ ، ولا يَرِثُ[6] الباغِى العادلَ . وهذا يدلُّ على أنَّ القتْلَ يَمْنَعُ الميراثَ بكلِّ حالٍ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشّافعىِّ ، أخذًا بظاهرِ لَفْظِ الحديثِ ، ولأنَّه قاتلٌ ، فأشْبَهَ الصَّبِىَّ ، والمجنونَ . وقال أبو حنيفةَ ، وصاحباه : كُلُّ قَتْلٍ لا مأْثَمَ فيه لا يَمْنَعُ الميراثَ ، كقَتْلِ الصَّبِىِّ ، والمجنونِ والنَّائمِ ، والسَّاقِطِ على إنسانٍ من غيرِ اخْتيارٍ منه ، وسائقِ الدَّابَّةِ ، وقائدِها ، وراكِبِها ، إذا قتَلتْ بيدِها ، أو فِيها ، فإنَّه يرِثُه ؛ لأنَّه قتلٌ غيرُ مُتَّهَمٍ فيه ، ولا مأْثَمَ فيه ، فأشْبَهَ القتلَ فى الحَدِّ . ولَنا ، على أبى حنيفةَ وأصحابِه عمومُ الأخْبارِ ، خصَّصنا منها القَتْلَ الذى لا يُضْمَنُ ، ففيما عَداه يَبْقَى على مُقْتضاها ، ولأنَّه قَتْلٌ مضمونٌ فيمنعُ الميراثَ كالخطإِ . ولَنا ، على الشّافعىِّ ، أنَّه فِعْلٌ مأذونٌ فيه ، فلم يَمْنَعِ الميراثَ ، كما لو أطْعَمه أو سَقاه

٦/١٥٠و

(٥) فى م : « جرى » .

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

باختيارِه ، فأفْضَى إلى تَلَفِه ، ولأنَّه حُرِّمَ الميراثُ فى مَحَلِّ الوِفَاقِ ، كَيْلا يُفْضِى إلى إيجادِ القَتْلِ المُحرَّمِ ، وزَجْرًا عن إعْدامِ النَّفْسِ المَعْصومةِ ، وفى مَسْأَلَتِنا حِرْمانُ الميراثِ يَمْنَعُ إقامةَ الحدودِ الواجبةِ ، واستيفاءَ الحُقوقِ المشْروعَةِ ، ولا يُفْضِى إلى إيجادِ قَتْلٍ مُحرَّمٍ ، فهو ضِدُّ ما ثبتَ فى الأصْلِ ، ولا يصحُّ القياسُ على قَتْلِ الصَّبِىِّ ، والمجنونِ ؛ لأنَّه قتلٌ محرَّمٌ ، وتفويتُ نَفْسٍ مَعْصومةٍ ، والتوريثُ يُفْضِى إليه ، بخلافِ مَسْأَلَتِنا . إذا ثبتَ هذا ، فالمشارِكُ فى القَتْلِ فى الميراثِ كالمُنْفَرِدِ به ؛ لأنَّه يلْزَمُه منَ الضَّمانِ بحسَبِه ، فلو شهِدَ على مَوْروثِه مع جماعةٍ ظُلْمًا فقُتِل ، لم يَرِثْه ، وإنْ شهِدَ بحقٍّ ، وَرِثَه ؛ لأنَّه غيرُ مَضْمونٍ .

فصل : أربعةُ إخْوةٍ ، / قَتَلَ أكبرُهم الثَّانى ، ثم قَتَل الثَّالثُ الأصْغَرَ ، سَقَطَ القِصاصُ عنِ الأكْبَرِ ؛ لأنَّ ميراثَ الثَّانى صار للثَّالِثِ والأصْغَرِ نِصْفَيْنِ ، فلمَّا قتلَ الثَّالِثُ الأصْغَرَ لم يَرِثْه ، وورِثَه الأكْبرُ ، فرجَعَ إليه نِصْفُ دَمِ نَفْسِه ، وميراثُ الأصْغَرِ جميعُه ، فسقَطَ عنه القِصاصُ ، لميراثِه بعضَ دمِ نَفْسِه ، وله القِصاصُ على[7] الأصْغَرِ ، ويَرِثُه فى ظاهرِ المَذْهَبِ ، فإنِ اقْتصَّ منه وَرِثَه ، ويَرِثُ إخْوتَه الثَّلاثةَ . ولو أنَّ ابْنَيْن قتلَ أحَدُهما أحدَ أبوَيْهما ، وهما زَوْجانِ ، ثم قتلَ الآخرُ أباه الآخَرَ ، سقطَ القِصاصُ عن القاتِلِ الأوَّلِ ، ووجبَ على القاتِلِ الثَّانى ؛ لأنَّ الأوَّلَ لمَّا قَتَلَ أباه ، وَرِثَ مالَه ودَمَه أخوه وأُمُّه ، فلَّما قَتَلَ الثَّانى أُمَّه ، وَرِثَها قاتلُ الأبِ ، فصار له من دَمِ نَفْسِه ثُمُنُه ، فسقطَ القِصاصُ عنه لذلك ، وله القِصاصُ على الآخرِ ، فإنْ قتَلَه وَرِثَه فى ظاهرِ المذْهَبِ . وإنْ جَرَحَ[8] أحدُهما أباه ، والآخرُ أُمَّهُ ، وماتا فى حالٍ واحدةٍ ، ولا وارثَ لهما سِوَاهما ، فلكلِّ واحدٍ منهما مالُ الذى لم يَقْتُلْه ، ولكلِّ واحدٍ منهما القِصَاصُ على صاحبِه . وكذلك لو قَتَلَ كُلُّ واحدٍ منهما أحدَ الأبوَيْنِ ، ولم يكُونا زَوْجَيْن ، فلكلِّ واحدٍ منهما القِصاصُ على أخيه ، إلَّا أنَّه لا يُمْكِنُ أحدُهما الاسْتيفاءَ إلَّا بإبْطالِ حَقِّ الآخرِ فيسْقُطانِ . وإنْ عفا أحدُهما عن

٦/١٥٠ظ

---

(٧) فى ا زيادة : « الذى قتله » .

(٨) فى النسخ : « خرج » .

الآخَرِ ، فللآخرِ قَتْلُ العافِي ، ويرِثُه فى الظّاهِرِ . وإنْ بادرَ أحدُهما فقتلَ أخاه ، سَقَطَ القِصاصُ عنه ، وورِثَه فى الظّاهرِ عنه ، ويَحْتملُ أَلّا يرِثَه ، ويَجِبُ القِصاصُ عليه بقتْلِه ؛ لأنَّ القِصَاصَيْنِ لمَّا تساويا ، وتعذَّرَ الجمعُ بين استيفائهما ، سَقَطا ، فلم يَبْقَ لهما حُكْمٌ ، فيكونُ المُسْتَوفِي منهما مُعْتَدِيًا باسْتيفائِه ، فلا يَرِثُ أخاه ، ويجِبُ القِصاصُ عليه بقتْلِه . وإنْ أشْكَلَ كَيْفِيَّةُ مَوْتِ الأبوين ، وادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّ قَتِيلَه أوَّلُهما موتًا ، خُرِّجَ فى تَوْرِيثِهما ، ما ذَكَرْناه فى الغَرْقَى ، من تَوْرِيثِ كلِّ واحِدٍ من المَيِّتَيْنِ من الآخَرِ ، /ثم يَرِثُ كلُّ واحِدٍ منهما بَعْضَ دمِ نَفْسِه ، فيسْقُطُ القِصاصُ عنهما . ومن لا يَرَى ذلك ، فالجوابُ فيها كالتى قبلَها . ويَحْتَمِلُ أن يَسْقُطَ القِصاصُ بكلِّ حالٍ ؛ للشُّبْهَةِ ، وأنْ[9] يكونَ لكلِّ واحِدٍ دِيَةُ الآخرِ ومالُه .

١٥١/٦و

١٠٤٤ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَرِثُ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، وَلَا كَافِرٌ مُسْلِمًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُعْتَقًا ، فَيَأْخُذَ مَالَهُ بِالْوَلَاءِ)

أَجْمعَ أهلُ العِلْمِ على أنَّ الكافِرَ لا يَرِثُ المُسْلِمَ . وقالَ جمهورُ الصَّحابةِ والفقهاءُ : لا يَرِثُ المسلمُ الكافِرَ . يُرْوَى هذا عن أبى بكرٍ ، وعمرَ ، وعثمانَ ، وعليٍّ ، وأُسامةَ بنِ زَيْدٍ ، وجابرِ بن عبدِ اللهِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال عمرو بنُ عثمانَ[1] ، وعُرْوَةُ ، والزُّهْرِيُّ ، وعطاءٌ ، وطاوسٌ ، والحسنُ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وعَمرو بنُ دينارٍ ، والثَّوريُّ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، ومالكٌ ، والشّافِعيُّ ، وعامةُ الفقهاءِ . وعليه العَمَلُ . ورُوِى عن عمرَ ، ومُعاذٍ ، ومعاويةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أنَّهم ورَّثوا المسلمَ من الكافِرِ ، ولم يُوَرِّثُوا الكافرَ من المسْلِمِ . وحُكِيَ ذلك عن محمدِ بنِ الحَنفِيَّةِ ، وعليِّ بنِ الحسينِ ، وسعيدِ بنِ المسيَّبِ ، ومَسْروقٍ ، وعبدِ اللهِ بن مَعْقِلٍ ، والشَّعبيِّ ، والنَّخَعِيِّ ، ويحيى بنِ يَعْمَرَ ، وإسحاقَ . وليس بموثوقٍ به عنهم . فإنَّ أحمدَ قال : ليس بين النّاسِ

---

(٩) سقط من : الأصل ، ا .

(١) عمرو بن عثمان بن عفان الأموى ، من كبار التابعين ، ثقة . تهذيب التهذيب ٨ / ٧٨ ، ٧٩ .

اختلافٌ فى أنَّ المسلمَ لا يرثُ الكافِرَ . ورُوِىَ أنَّ يحيى بنَ يَعْمُرَ احتجَّ لقولِه ، فقال : حدَّثنى أبو الأسْودِ ، أنَّ مُعاذًا حدَّثه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « الْإِسْلَامُ يَزِيدُ وَلَا يَنْقُصُ »[٢] . ولأنَّنا نَنْكِحُ نِساءَهم ، ولا يَنْكِحون نِساءَنا ، فكذلك نَرِثُهم ، ولا يَرِثُوننا . ولنا ؛ ما رَوى أُسامةُ بنُ زَيْدٍ ، عنِ النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ ، وَلَا الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » . متفقٌ عليه[٣] . ورَوى أبو داودَ بإسنادِه : عن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه عبدِ اللهِ بنِ عَمْرٍو ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى »[٤] . ولأنَّ الوِلايَةَ مُنْقَطِعةٌ بينَ / المسْلِمِ والكافِرِ ، فلم يَرِثْه ، كما لا يَرِثُ الكافِرُ المُسْلمَ . فأمَّا حَديثُهم فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ أنَّ الإسلامَ يزيدُ بِمَنْ يُسْلِمُ ، وبما يُفْتَحُ من البلادِ لأَهْلِ الإسْلامِ ، ولا يَنْقُصُ بمن يَرْتَدُّ ، لقلةِ من يَرْتَدُّ ، وكثْرةِ من يُسْلِمُ ، وعلى أنَّ حديثَهم مُجْملٌ ، وحديثَنا مُفسَّرٌ ، وحديثُهم لم يُتَّفَقْ على صحَّتِه ، وحديثُنا مُتَّفقٌ عليه ، فتعيَّن تقديمُه . والصَّحيحُ عن عُمرَ ، أنَّه قال : لَا نَرِثُ أَهْلَ المِلَلِ ، وَلَا يَرِثُونَنَا[٥] . وقال فى عَمَّةِ الأشْعَثِ : يَرِثُها أَهْلُ دينِها[٥] . فأمَّا المُعْتَقُ إذا خالفَ دينُه دينَ مُعْتِقِه ، فسنذكره

٦/١٥١ظ

---

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب هل يرث المسلم الكافر ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٣٠ ، ٢٣٦ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب أين ركز النبى ﷺ الراية يوم الفتح ، من كتاب المغازى ، وفى : باب لا يرث المسلم الكافر ... ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٥ / ١٨٧ ، ٨ / ١٩٤ . ومسلم ، فى : كتاب الفرائض ، صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب هل يرث المسلم الكافر ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى إبطال الميراث بين المسلم والكافر ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٢ . والدارمى ، فى : باب فى ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٧٠ ، ٣٧١ . والإمام مالك ، فى : باب ميراث أهل الملل ، من كتاب الفرائض . الموطأ ٢ / ٥١٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٩ .

(٤) فى : باب هل يرث المسلم الكافر ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٣ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٧٨ ، ١٩٥ .

(٥) أخرجه الدارمى ، فى : باب ميراث أهل الشرك ، وأهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٦٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب لا يتوارث أهل ملتين . السنن ١ / ٦٦ .

فى بابِ الوَلاءِ ، إنْ شاءَ اللهُ تَعالى .

فصل : فأمَّا الكُفَّارُ فيتوارَثونَ ، إذا كان دينُهم واحدًا ، لا نعلمُ بينَ أهْلِ العلم فيه خلافًا ، وقولُ النَّبيِّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » دليلٌ على أنَّ بعْضَهم يَرِثُ بَعْضًا . وقولُه : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . دليلٌ على أنَّ أهلَ المِلَّةِ الواحدةِ يَرِثُ بَعْضُهم بَعْضًا . وقولُ النَّبيِّ ﷺ : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ »[٦] . دليلٌ على أنَّ عقيلًا وَرِثَ أبا طالبٍ دُونَ جَعْفرٍ ، وعليٌّ ؛ لأنَّهما كانا مُسْلِمَيْنِ ، وكان عَقِيلٌ على دينِ أبيه ، مُقيمًا بمكةَ ، فباعَ رِباعَه بمكةَ ، فلذلك لما قيل للنَّبيِّ ﷺ : أَيْنَ تَنْزِلُ غدًا ؟ قال : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ »[٦] . وقال عمرُ فى عمَّةِ الأشْعَثِ بنِ قَيْسٍ : يَرِثُها أَهْلُ دِينِها . فإنِ اخْتَلَفَتْ أدْيانُهم ، فاخْتَلَفَ[٧] عن أحمدَ ، فرُوِىَ عنه ، أنَّ الكُفْرَ كلَّه مِلَّةٌ واحدَةٌ ، يَرِثُ بعضُهم بَعْضًا . روَاه عنه حَرْبٌ ، واخْتارَه الخَلَّالُ . وبه قال حَمادٌ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافعيُّ ، وداودُ ؛ لأنَّ تَوْريثَ الآباءِ من الأبْناءِ ، والأبناءِ من الآباءِ ، مذكورٌ فى كتابِ اللهِ تعالى ذِكْرًا عامًّا ، فلا يُتْرَكُ إلَّا فيما اسْتَثْناه / الشَّرْعُ ، وما لم يسْتَثْنِه الشَّرْعُ يَبْقَى على العُمومِ ، ولأنَّ قولَ اللهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[٨] . عامٌّ فى جميعِهم . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ الكفرَ مِلَلٌ مُخْتَلِفَةٌ ، لا يَرِثُ بَعْضُهم بعضًا . اخْتارَه أبو بكرٍ ، وهو قولُ كثيرٍ من أهْلِ العلمِ ؛ لأنَّ قولَ النبيِّ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . ينْفى تَوارُثَهما ، ويخُصُّ عمومَ الكتابِ ، ولم نَسْمَعْ عن أحمدَ تصريحًا بذكرِ أقْسامِ المِلَلِ . وقال القاضى أبو يَعْلى : الكُفرُ ثلاثُ مِلَلٍ : اليهوديَّةُ ، والنَّصرانيَّةُ ، ودينُ مَنْ عداهم ؛ لأنَّ مَنْ عَداهم يجْمَعُهم أنَّهم لا كِتابَ لهم . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، وعَطاءٍ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، والضَّحَّاكِ ، والحَكَمِ ، والثَّوْرىِّ ،

١٥٢/٦ و

---

(٦) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٦٥ .

(٧) أى النقل .

(٨) سورة الأنفال ٧٣ .

واللَّيْثِ ، وشَرِيكٍ ، ومُغِيرَةَ الضَّبِّىِّ[٩] ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والحسنِ بن صالحٍ ، ووكيعٍ . ورُوِىَ ذلك عن مالكٍ . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ ، والثَّورِىِّ ، القَوْلانِ معًا . ويَحْتَمِلُ كلامُ أحمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنْ يكونَ الكفرُ مِلَلًا كثيرةً ، فتكونَ المَجُوسيَّةُ مِلَّةً ، وعبادةُ الأَوْثانِ مِلَّةً أخرى ، وعبادةُ الشَّمْسِ مِلَّةً ، فلا يَرِثُ بَعْضُهم بعضًا . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعةُ ، وطائفةٌ من أهْلِ المدينةِ ، وأهْلُ البصْرَةِ ، وإسحاقُ ، وهو أصَحُّ الأقْوالِ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . ولأنَّ كلَّ فريقَيْنِ منهم لا مُوالاةَ بينهم ، ولا اتِّفاقَ فى دِينٍ ، فلم يَرِثْ بعضُهم بعضًا ، كالمسلمين والكُفَّارِ ، والعُموماتُ فى التَّوْرِيثِ مَخْصُوصةٌ ، فيُخَصُّ منها مَحِلُّ النِّزاعِ بالخبرِ والقياسِ ، ولأنَّ مُخالفينا قَطَعوا التَّوْرِيثَ[١٠] بينَ أهْلِ الحَرْبِ وأهلِ دارِ الإسلامِ ، معَ اتِّفاقِهم فى المِلَّةِ ، لانْقطاعِ المُوالاةِ ، فمعَ اخْتِلافِ المِلَّةِ أوْلَى . وقولُ مَنْ حَصَرَ المِلَّةَ بعَدَمِ الكتابِ غيرُ صحيحٍ ، فإنَّ هذا وصفٌ عَدَمِىٌّ ، لا يقْتَضِى حُكْمًا ، ولا جَمْعًا ، ثم لَابُدَّ لهذا الضَّابطِ من دليلٍ يَدُلُّ على اعْتبارِه ، ثم قد افْتَرَقَ حُكْمُهم ، فإنَّ المَجُوسَ يُقَرُّونَ بالجِزْيَةِ ، وغيرُهم لا يُقَرُّ بها ، وهم مُخْتلِفون فى مَعْبوداتِهم ، ومُعْتَقَداتِهم ، وآرائِهم ، يَسْتَحِلُّ بعضُهم دماءَ / بعضٍ ، ويكَفِّرُ بعضُهم بعضًا ، فكانوا مِلَلًا كاليهودِ والنَّصارَى . وقد رُوِى ذلك عَنْ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فإنَّ إسماعِيلَ ابنَ أبى خالدٍ ، روَى عن الشَّعْبىِّ ، عن علىٍّ عليه السلام ، أنَّه جعلَ الكُفْرَ مِلَلًا مُخْتلِفةً . ولم يُعْرَفْ له مخالفٌ فى الصَّحابةِ ، فيكونُ إجماعًا .

٦/١٥٢ ظ

فصل : وقياسُ المذهبِ عِندى ، أنَّ المِلَّةَ الواحدةَ يَتوارَثُون ، وإنِ اختلفتْ ديارُهم ؛ لأنَّ العُموماتِ من النُّصوصِ تَقْتَضِى توريثَهم ، ولم يَرِدْ بتخْصيصِهم نَصٌّ ، ولا إجْماعٌ ، ولا يصِحُّ فيهم قياسٌ ، فيجبُ العَملُ بعمومِها . ومفهومُ قولِه عليه السلامُ :

---

(٩) فى م : « والضبى » . وهو المغيرة بن مِقْسم الضبى مولاهم ، من فقهاء التابعين بالكوفة ، مات بعد سنة ثلاثين ومائة . طبقات الفقهاء للشيرازى ٨٣ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٦٩ - ٢٧١ .

(١٠) فى م : « التوارث » .

« لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » . أَنَّ أَهْلَ المِلَّةِ الواحِدةِ يَتوارَثُون . وضبطُه[11] التوريثَ بالمِلَّةِ والكُفْرِ والإِسلامِ ، دليلٌ على أنَّ الاعتبارَ به دُونَ غيرِه ، ولأنَّ مُقْتَضى التَّوْريثِ موجودٌ ، فيَجِبُ العَمَلُ به ، مالم يَقُمْ دليلٌ على تَحَقُّقِ المانِعِ .وقد نَصَّ أحمدُ فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ ، فى من دَخَلَ إلينا بأمانٍ فقُتِلَ ، أنَّه يُبْعَثُ بِدِيَتِه إلى مَلِكِهِم حتَّى يَدْفَعَها إلى وَرَثَتِه[12] . وقد رُوِىَ أنَّ عمرو بنَ أُمَيَّةَ كان مع أَهْلِ بئرِ مَعُونَةَ ، فسَلِمَ ورَجَعَ إلى المدينةِ ، فوجَدَ رَجُلَيْنِ فى طَرِيقِه من الْحَىِّ الذى قتَلُوهم ، وكانا أتَيَا النبىَّ ﷺ فى أمانٍ ، ولم يَعْلَمْ عمرٌو ، فقتَلهما ، فوداهُما النَّبِىُّ ﷺ[13] . ولا شَكَّ فى أنَّه بعثَ بِدِيَتِهما إلى أَهْلِهما . وقال القاضى : قياسُ المذهبِ عندى ، أنَّه لا يرثُ حَرْبِىٌّ ذِمِّيًّا ، ولا ذِمِّىٌّ حَرْبِيًّا ؛ لأنَّ المُوالاةَ بينهما مُنْقَطِعةٌ ، فأمَّا المُسْتَأْمَنُ فيَرِثُه أهلُ الحَرْبِ ، وأهلُ دارِ الإِسْلامِ . وبهذا قال الشَّافعىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال أبو حنيفةَ ، إلَّا أنَّ المُسْتَأْمَنَ لا يَرِثُه الذِّمِّىُّ ؛ لأنَّ دارَهما مختلِفةٌ . قال القاضى : ويَرِثُ أَهْلُ الحَرْبِ بعضُهم بعضًا ، سواءٌ اتَّفقتْ ديارُهم ، أو اختلفتْ . وهذا قولُ الشَّافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا اختلفتْ ديارُهم ، بحيثُ كان لكلِّ طائفةٍ مَلِكٌ ، ويرَى بعضُهم قَتْلَ بَعْضٍ ، لم يَتوارَثا ؛ لأنَّهم لا مُوالاةَ بينهم ، أشْبَهَ أَهْلَ دارِ الحربِ ، فجعلوا اتِّفاقَ الدَّارِ ، واخْتلافَها / ضابطًا للتَّوريثِ ، وعدمِه . ولا نعلمُ فى هذا كلِّه[14] حُجَّةً من كتابٍ ولا سُنَّةٍ ، معَ مُخالفتِه لعمومِ النَّصِّ المُقْتَضِى للتَّوريثِ ، ولم يَعْتَبِروا الدِّينَ فى اتِّفاقِه ، ولا اخْتِلافِه ، مع وُرودِ الخبرِ فيه ، وصِحَّةِ العِبْرَةِ فيها ، فإنَّ المسلمين يَرِثُ بعضُهم بعضًا ، وإنِ اخْتَلَفَتِ الدَّارُ بهم ، فكذلك الكُفَّارُ . ولا يَرِثُ المسْلِمُ كافرًا ، ولا الكافِرُ مسْلِمًا ؛ لاخْتلافِ الدِّينِ بهم ، وكذلك لا يَرِثُ مُخْتَلِفا الدِّينِ أحدُهما من صاحِبِه شيئًا .

١٥٣/٦ و

---

(١١) فى م بعد هذا زيادة : « يتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون » إعادة .

(١٢) فى م : « الورثة » .

(١٣) انظر : السيرة النبوية ٣ / ١٨٦ .

(١٤) سقط من : الأصل ، ا .

١٠٤٥ – مسألة ؛ قال : (وَالْمُرْتَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ)

لا نعلمُ خلافًا بينَ أهْلِ العِلْمِ فى أنَّ المُرْتَدَّ لا يَرِثُ أحدًا . وهـذا قولُ مالكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ، ولا نَعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَهم ؛ وذلك لأنَّه لا يَرِثُ مُسْلِمًا ، لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « لَا يَرِثُ كَافِرٌ مُسْلِمًا »[1] . ولا يرثُ كافرًا ؛ لأنَّه يُخالِفُه فى حُكْمِ الدِّينِ ؛ لأنَّه لا يُقَرُّ على كُفْرِه ، فلم يثْبُتْ له حُكْمُ أهْلِ الدِّينِ الذى انْتَقلَ إليه ، ولهذا لا تَحِلُّ ذَبِيحتُهم ، ولا نِكاحُ نِسائِهم ، وإنِ انْتَقلوا إلى دينِ أهْلِ الكِتابِ . ولأنَّ المُرْتَدَّ تزولُ أمْلاكُه الثَّابِتَةُ له واسْتِقْرارُها ، فلأنْ لا يثْبُتَ له مِلْكٌ أوْلى . ولـو ارْتَـدَّ مُتَوارِثان ، فمات أحدُهما ، لم يَرِثْه الآخرُ ، فإنَّ المُرْتَدَّ لا يَرِثُ ، ولا يُورَثُ . وإنْ رَجَعَ المُرْتَدُّ إلى الإسْلامِ قَبْلَ قَسْمِ الميراثِ ، قُسِمَ له ، على ما سنذْكُره فى المسْألةِ التى بعدَها ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : والزِّنْدِيقُ كالمُرْتَدِّ فيما ذكرنا . والزِّنْديقُ هو الذى يُظْهِرُ الإسلامَ ويَسْتَسِرُّ بالكُفْرِ ، وهو المُنافِق ، كان يُسَمَّى فى عَصْرِ النَّبىِّ ﷺ مُنافِقًا ، ويُسَمَّى اليومَ زِنْديقًا . قال أحمدُ : مالُ الزِّنْديقِ فى بَيْتِ المالِ .

فصل : إذا ارْتَدَّ أحدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخولِ ، انْفَسَخَ النِّكاحُ فى الحالِ ، ولم يَرِثْ أحدُهما الآخرَ ، وإنْ كانتْ رِدَّتُه / بَعْدَ الدُّخولِ ، ففيه رِوَايتانِ ؛ إحْداهما ، يتَعَجَّلُ الفُرْقَةَ . والأخرى ، يَقِفُ على انْقضاءِ العِدَّةِ ، وأيُّهما ماتَ لم يَرِثْه الآخرُ[2] . وحكمُ رِدَّتِهما جميعا كحُكْمِ رِدَّةِ أحدِهما ، فى فَسْخِ النِّكاحِ ، وامْتناعِ الميراثِ . وقال أهل

٦/١٥٣ ظ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٥ .

(٢) من هنا إلى نهاية الفصل سقط من : ا ، م . وكتب على حاشية الأصل بقلم مختلف : مكرر فيما يأتى بعد إن شاء الله . وهو سيأتى بتفصيل أكثر فى الفصل الثانى من المسألة التالية ، كما يأتى تفصيل ميراث الزنديق الذى سبق الحديث عنه فى الفصل السابق ، يأتى تفصيله فى الفصل الأول من المسألة التالية .

العراقِ : إذا ارْتَدَّ الزَّوجان معا ، فهما على النِّكاحِ ؛ لأنَّ دِينَهما لم يخْتلِف ، فأشْبَها الكافِرَيْن الأصْلِيَّين ، إلَّا أنَّهما لا يتوارَثانِ فى دارِ الإسلامِ ؛ لأنَّ المُرْتَدَّ لا يَرِثُ المُرْتَدَّ مادامَا فى دارِ الإسلام ، فإن لحِقَا بدارِ الحَرْبِ تَوارَثَا ؛ لأنَّ حُكْمَهما صار كحُكْمِ أهلِ دارِ الحَرْبِ . ولَنا ، أنَّهما لا يتَوارَثان فى دارِ الحَرْبِ كالمسلِمِ مع الكافرِ .

١٠٤٦ – مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيراثٍ قَبْلَ أنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ لَهُ)

اختلفتْ الرِّوايةُ فى مَن أسْلَمَ قبلَ قَسْمِ ميراثِ مَوْرُوثِه المسلِمِ ؛ فنقلَ الأثْرَمُ ، ومحمدُ ابنُ الحَكَمِ ، أنَّه يَرِثُ . ورُوِيَ نحوُ هذا عن عمرَ ، وعثمانَ ، والحسنِ بنِ عليٍّ ، وابنِ مَسْعودٍ . وبه قال جابرُ بنُ زَيْدٍ ، والحسَنُ ، ومَكْحولٌ ، وقتادةُ ، وحُمَيْدٌ ، وإياسُ بنُ معاويةَ ، وإسحاقُ ، فعلى هذا إنْ أسْلَم قَبْلَ قَسْمِ بَعْضِ المالِ وَرِثَ ممَّا بَقِيَ . وبه قال الحسنُ . ونَقَلَ أبو طالبٍ ، فى مَن أسْلَمَ بَعْدَ المَوْتِ : لا يَرِثُ ، قدْ وَجَبَت المواريثُ لأهْلِها . وهذا المشهورُ عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، وطاوسٌ ، والزُّهْرِيُّ ، وسليمانُ بنُ يَسَارٍ ، والنَّخَعِيُّ ، والحَكَمُ ، وأبو الزِّنادِ ، وأبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشَّافِعيُّ ، رضِيَ اللهُ عنهم ، وعامَّةُ الفُقهاءِ ؛ لقولِ النَّبيِّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ »[1] . ولأنَّ المِلْكَ قد انْتَقلَ بالموْتِ إلى المسلمين ، فلم يُشارِكْهم مَنْ أسلَمَ ، كما لو اقْتسَموا ، ولأنَّ المانِعَ من الإرْثِ مُتحقِّقٌ حالَ وُجودِ المْوتِ ، فلم يَرِثْ ، كما لو كان رَقِيقًا فأُعْتِقَ ، أو كما لو بَقِيَ على كُفْرِه . ولَنا ، قولُ النَّبيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ » . رواه سعيدٌ[2] من طَرِيقَيْن عن عُرْوَةَ ، وابنِ أبي مُلَيْكَةَ ، عنِ النَّبيِّ ﷺ ، / ورَوَى أبو داودَ[3] ، بإسْنادِه : عن ابنِ عبَّاسٍ ، قال : قال ٦/١٥٤و

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٥ .

(٢) فى : باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٧٦ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من أسلم على شىء فهو له ، من كتاب السير . السنن الكبرى ٩ / ١١٣ .

(٣) فى : باب فى من أسلم على ميراث ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٤ . =

رسولُ اللهِ ﷺ : « كُلُّ قَسْمٍ قُسِمَ فى الجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ عَلَى مَا قُسِمَ ، وَكُلُّ قَسْمٍ أَدْرَكَهُ الإِسْلَامُ فَهُوَ عَلى قَسْمِ الإِسْلَامِ » . وروى ابنُ عَبْدِ البرِّ ، بإسنادِه فى « التَّمْهِيدِ » ، عنْ زَيْدِ بنِ قَتادَةَ العَنْبَرِىِّ ، أنَّ إنسانًا مِنْ أَهْلِه ماتَ على غَيْرِ دينِ الإِسْلامِ ، فَوَرِثَتْهُ أُخْتِى دونِى ، وكانَتْ على دينِه ، ثُمَّ إن جَدِّى أَسْلَمَ ، وشَهِدَ مع النَّبِىِّ ﷺ حُنَيْنًا ، فَتُوفِّىَ ، فَلَبِثْتُ سَنَةً ، وكان تَرَكَ ميراثًا ، ثمّ إنَّ أُخْتِى أَسْلَمَتْ ، فَخاصَمَتْنِى فى الميراثِ إلى عُثْمانَ رَضِىَ اللهُ عَنْه ، فحدَّثَه عَبْدُ اللهِ بنُ أَرْقمٍ ، أنَّ عُمرَ قَضى أنَّه مَنْ أَسْلَمَ عَلى ميراثٍ قَبْلَ أنْ يُقْسَمَ ، فلهُ نَصِيبُه ، فَقَضَى به عُثْمانُ ، فَذَهَبَتْ بذاك الأَوَّلِ ، وشارَكَتْنى فى هذا[4] . وهذه قضيةٌ انتشرتْ فلم تُنْكَرْ فكانتْ[5] إجماعًا ، ولأنَّه لو تجدَّدَ له صَيْدٌ بعدَ مَوْتِه وَقَعَ فى شَبَكَتِه التى نَصَبها فى حياتِه ، لَثَبتَ له المِلْكُ فيه ، ولو وَقَعَ إنسانٌ فى بئرٍ حفَرَها ، لَتعلَّقَ ضَمانُه بِتَرِكَتِه بعدَ مَوْتِه ، فجازَ أنْ يتجدّدَ حَقُّ من أسْلَمَ من وَرَثَتِه بِتَرِكَتِه ، ترغيبًا فى الإسلامِ ، وحثًّا عليه ، فأمّا إذا قُسِمَتْ التَّرِكَةُ ، وتعيَّنَ حَقُّ كُلِّ وارثٍ ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، فلا شىءَ له ، وإنْ كان الوارثُ واحدًا ، فإذا تَصرَّفَ فى التَّرِكَةِ ، واحْتازها ، كان بمَنْزِلَةِ قِسْمَتِها .

فصل : ومَنْ كان رَقِيقًا حينَ مَوْتِ مَوْرُوثِه ، فأُعْتِقَ قَبْلَ القِسْمَةِ ، لم يَرِثْ . نصَّ عليه أحمدُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى روايةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ ، وفَرَّقَ بينَ الإسلامِ والعِتْقِ ، وعلى هذا جمهورُ الفقهاءِ مِنَ الصَّحابَةِ ، ومن بَعْدَهم . ورُوِىَ عنِ ابنِ مَسْعودٍ أنَّه سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ مات ، وتَرَكَ أباه عَبْدًا ، فأُعْتِقَ قَبْلَ أن يُقْسَمَ ميراثُه ، فقال : له ميراثُه . وحُكِىَ عَنْ مَكْحولٍ ، وقَتادةَ ، أنَّهما وَرَّثا مَنْ أُعْتِقَ قبلَ القِسْمَةِ ؛ لأنَّ المانِعَ من الميراثِ

= كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب قسمة الماء ، من كتاب الرهون ، وفى : باب قسمة المواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣١ ، ٩١٨ .

(٤) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الميراث لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ١٠ / ٣٤٦ . وسعيد بن منصور ، فى : باب من أسلم على الميراث ... ، السنن ١ / ٧٥ مختصرًا .

(٥) سقط من : م .

١٥٤/٦ظ زالَ قبلَ القِسْمَةِ ، فأشْبَهَ ما لو أسْلَمَ ، / قال أبو الحسَنِ التَّمِيمِىُّ : يُخَرَّجُ على قَوْلِ من وَرَّثَ المسلمَ ، أنْ يُورَّثَ العَبْدُ إذا أُعْتِقَ . وليسَ بصحيحٍ ؛ فإنَّ الإسلامَ قُرْبَةٌ وهو أعْظَمُ الطَّاعاتِ ، والقُرَبُ وردَ الشَّرْعُ بالتَّأْليفِ عليها ، فوردَ الشَّرْعُ بتَوْرِيثِه ، تَرْغيبًا له فى الإسلامِ ، وحَثًّا عليه ، والعِتْقُ لا صُنْعَ له فيه ، ولا يُحْمَدُ عليه ، فلم يَصِحَّ قِياسُه عليه ، ولولا ما وَرَدَ مِنَ الأثَرِ مِنْ تَوْرِيثِ مَنْ أسْلَمَ ، لَكانَ النَّظَرُ يَقْتَضِى أن لا يَرِثَ مَنْ لم يكُنْ مِنْ أهْلِ الميراثِ حينَ المَوْتِ ؛ لأنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ به إلى الوَرَثَةِ ، فيَسْتَحِقُّونَه ، فلا يَبْقَى لمَنْ حَدَثَ شىءٌ ، لكنْ خالَفْناه فى الإسلامِ للأثَرِ ، وليس فى العِتْقِ أثَرٌ يَجِبُ التَّسْليمُ له ، ولا هو فى معنَى ما فيه الأثَرُ ، فَيَبْقَى على مُوجِبِ القياسِ .

١٠٤٧ – مسألة ؛ قال : (وَمَتَى قُتِلَ الْمُرْتَدُّ عَلَى رِدَّتِه ، فَمالُهُ فَىْءٌ)

اخْتَلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى مالِ المُرْتَدِّ إذا ماتَ ، أو قُتِلَ على رِدَّتِه ، فرُوِىَ عنه أنَّه يكونُ فَيْئًا فى بيتِ مالِ المسْلِمين . قال القَاضى : هو صحيحٌ فى المَذْهَبِ . وهو قَوْلُ ابنِ عَبّاسٍ ، ورَبِيعةَ ، ومالكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والشَّافِعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . وعن أحمدَ ما يدلُّ على أنَّه لِوَرَثَتِه منَ المُسْلمين . ورُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ الصِّديقِ ، وعلىٍّ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، وجابرُ بنُ زَيْدٍ ، والحسنُ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وعَطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والحَكَمُ ، والأوْزاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأهلُ العِراقِ ، وإسحاقُ . (١)إلَّا أنَّ(١) الثَّوْرِىَّ ، وأبا حنيفةَ ، واللُّؤْلُؤِىَّ ، وإسحاقَ ، قالوا : ما اكْتَسَبه فى رِدَّتِه يكونُ فَيْئًا . ولم يُفَرِّقْ أصْحابُنا بين تِلادِ مالِه وطَارِفِه . ووجْهُ هذا القَوْلِ أنَّه قولُ الخَلِيفتَيْنِ الرَّاشِدَيْنِ ، فإنَّه يُرْوَى عن زَيْدِ بنِ ثابتٍ ، قال : بَعَثنِى أبو بكرٍ عِنْدَ رُجوعِه إلى أهْلِ الرِّدَّةِ أنْ أُقَسِّمَ أموالَهم بينَ وَرَثَتِهم المُسْلِمين . ولأنَّ رِدَّتَه ينتَقِلُ بها مالُه ، فوجَبَ أنْ يَنْتَقِلَ إلى وَرَثَتِه المُسْلمين ، كما لو انْتَقَلَ بالمَوْتِ . ورُوِىَ عنْ أحْمدَ ، رِوايةٌ ثالِثَةٌ(٢) ، أنَّ مالَه لأهْلِ دينِه / الذى اخْتارَه ، إنْ كان ١٥٥/٦و

(١ – ١) فى م : « لأن » .

(٢) سقط من : م .

منه من يَرِثُه ، وإلَّا فهو فَىْءٌ . وبه قال داودُ . ورُوِىَ عن عَلْقَمَةَ ، وسعيدِ بنِ أبى عَرُوبَة[٣] ؛ لأنَّه كافرٌ ، فَوَرِثَه أَهْلُ دينِه ، كالحَرْبِىِّ ، وسائِرِ الكُفَّارِ . والمشهورُ الأوَّلُ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ »[٤] . وقولُه : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى »[٤] . ولأنَّه كافرٌ ، فلا يَرِثُه المسْلِمُ ، كالكافِرِ الأَصْلِىِّ ، ولأنَّ مالَه مالُ مُرْتَدٍّ ، فأشْبَهَ الذى كَسَبَه فى رِدَّتِه ، ولا يُمْكِنُ جَعْلُه لأهْلِ دِينِه ؛ لأنَّه لا يَرِثُهم ، فلا يَرِثُونَه ، كغيرِهم من أَهْلِ الأَدْيانِ ، ولأنَّه يُخالِفُهم فى حُكْمِهم ؛ فإنه لا يُقَرُّ على ما انْتَقَلَ إليه ، ولا تُؤْكَلُ له ذَبِيحةٌ ، ولا يَحِلُّ نِكاحُه إنْ كان امرأةً ، فأشْبَهَ الحَرْبِىَّ مع الذِّمِّىِّ . فإنْ قيل : إذا جَعَلْتُموه فَيْئًا فقد ورَّثْتُموه للمسلمين . قُلْنا : لا يَأْخُذونَه ميراثًا ، بل يَأْخُذونه فَيْئًا ، كما يُؤْخَذُ مالُ الذِّمِّىِّ إذا لم يَخْلُفْ وارثًا ، وكالعُشُور .

فصل : والزِّنْديقُ ، كالمرتدِّ ؛ لا يَرِثُ ولا يُورَثُ . وقال مالكٌ فى الزِّنْديقِ الذى[٥] يُتَّهمُ بزَىٍّ[٦] وَرَثَتِه عِنْدَ مَوْتِه : مالُه لِوَرَثَتِه مِنَ المسْلمين ، مثلُ مَنْ يَرْتَدُّ إذا حَضَرَه الموتُ . قال : وتَرِثُه زَوْجَتُه ، سواءٌ انْقَضَتْ عِدَّتُها ، أو لم تَنْقَضِ ، كالتى يُطلِّقُها زَوْجُها فى مَرَضِ مَوْتِه ؛ ليحْرِمَها الميراثَ ؛ لأنَّه فارٌّ من ميراثِ مَنِ انْعَقَدَ سَبَبُ ميراثِه ، فوَرِثَه ، كالمُطَلَّقةِ فى مَرَضِ الموْتِ . ولَنا ؛ قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ » . وقياسُ المذْهَبِ أنَّ أحَدَ الزَّوْجَيْنِ إذا ارْتَدَّ فى مَرَضِ مَوْتِه ، يَرِثُه الآخَرُ ؛ لأنَّه فَعَلَ ما يَفْسَخُ النِّكاحَ فى مَرَضِ مَوْتِه ، فأشْبَهَ الطَّلاقَ ، وفِعْلَ المرْأةِ ما يفسَخُ نِكاحَها ، ويُخَرَّجُ فى ميراثِ سائرِ الورثَةِ مثلُ (٧ما فى٧) الزَّوْجَيْنِ ، فيكونُ مثلَ مذهبِ مالكٍ . وقال أبو يوسفَ : إذا ارتدَّتِ المريضَةُ ، فماتَتْ فى عِدَّتِها ، أو لَحِقَتْ بدارِ الْحَرْبِ ، وَرِثَها زَوْجُها . ورَوَى اللُّؤْلُؤِىُّ ، عن أبى حنيفةَ : إذا ارْتَدَّ الرَّجُلُ ، فقُتِلَ على رِدَّتِه ، أو لَحِقَ

---

(٣) سعيد بن أبى عروبة (مهران) العدوى ، مولاهم ، الإمام الحافظ ، عالم أهل البصرة ، ثقة ، توفى سنة ست وخمسين ومائة . سير أعلام النبلاء ٦ / ٤١٣–٤١٨ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٥ .

(٥) فى الأصل ، ا : « والذى » .

(٦) أى بحرمانهم .

(٧–٧) سقط من : م .

١٥٥/٦ظ بدارِ الحرْبِ ، بانتْ منه امْرأتُه ، / فإنْ كانتْ مَدْخولًا بها وَرِثَته ، إذا كان ذلك قَبْلَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، وإن كانتْ غيْرَ مَدْخولٍ بها ، بانتْ ولم تَرِثْهُ . وإنْ ارتَدَّتِ الْمرأةُ مِنْ غيْرِ مَرَضٍ ، فماتتْ ، لم يَرِثْها زَوْجُها ؛ لأنَّها عندَهم لا تُقْتَلُ ، فلم تَكُنْ فارَّةً من ميراثِه ، بخلافِ الرَّجُلِ .

فصل : وارْتِدَادُ الزَّوْجَيْنِ معًا ، كارْتِدَادِ أحَدِهما ؛ فى فَسْخِ نكاحِهما ، وعَدَمِ ميراثِ أحَدِهما مِنَ الآخَرِ ، سواءٌ لَحِقا بدارِ الحَرْبِ ، أو أقَاما بدارِ الإسْلامِ . وبهذا قال مالكٌ ، والشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا ارتدَّا معًا ، لم يَنْفَسِخِ النِّكاحُ ، ولم يتوارَثا ؛ لأنَّ المرتدَّ لا يَرِثُ المُرْتَدَّ ما داما فى دارِ الإسْلامِ ، فإنْ لَحِقا بدارِ الحَرْبِ تَوارَثا . ولَنا ؛ أنَّهما مُرْتدَّانِ ، فلم يَتوارَثا ، كما لو كانا فى دارِ الإسْلامِ . ولو ارْتدَّا جميعًا ، ولهما أولادٌ صغارٌ ، لم يَتْبَعوهم فى رِدَّتِهم ، ولم يَرِثُوا منهم شيئًا ، ولم يَجُزِ اسْتِرْقاقُهم ، سواءٌ لَحِقوهم بدارِ الحَرْبِ ، أو لم يَلْحَقُوهم . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، وأصحابُه : مَنْ ألْحَقُوه بدارِ الحرْبِ منهم يصيرُ مُرْتدًّا ، يجوزُ سَبْيُه ، ومن لم يُلْحِقُوه بدارِ الحرْبِ ، فهو فى حُكْمِ الإسْلامِ . فأمَّا مَنْ وُلِدَ بَعْدَ الرِّدَّةِ بستةِ أشْهُرٍ ؛ فذكَرَ الخِرَقِىُّ ، رضىَ اللهُ عنه ، ما يدلُّ على أنَّه يجوزُ اسْتِرْقاقُه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلِي ، الشّافِعِىِّ . والقولُ الثّانى : لا يُسْبَوْنَ . وهو منصوصُ[8] الشّافِعِىِّ .

فصل : فإذا لَحِقَ المُرْتَدُّ بدارِ الحرْبِ ، وُقِفَ مالُه ، فإنْ أسْلَمَ دُفِعَ إليه ، وإنْ ماتَ صار فَيْئًا . وبهذا قال مالكٌ ، والشّافِعِىُّ ، رضى اللهُ عنهما . وجعلَ أهْلُ العراقِ لِحَاقَه بدارِ الحرْبِ كمَوْتِه ، فى زَوَالِ مِلْكِه ، وصَرْفِ مالِه إلى من يُصْرَفُ إليه إذا ماتَ ، فإنْ عادَ إلى الإسلامِ ، فله ما وُجِدَ من مالِه ، ولا يَرْجِعُ على وَرَثَتِه بشىءٍ ممَّا أتْلَفُوه ، إلَّا أنْ يكونُوا اقْتَسَمُوه بغَيْرِ حُكْمِ حاكِمٍ . ولم يَخْتَلِفوا فيما اكْتَسَبَهُ[9] فى دارِ الحرْبِ ، أو أخْرَجَه من

١٥٦/٦و مالِه إلى دارِ الحرْبِ ، أنَّه فَىْءٌ . / وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ : إذا ارتدَّ المسْلِمُ ، زالَ مِلْكُه

---

(٨) فى ا زيادة : « قول » .

(٩) فى م : « اكتسبوه » .

عَنْ مالِه ، ولم يَصِحّ تصرُّفُه فيه بشيءٍ من التَّصرُّفاتِ ، فإنْ أسْلَم رُدَّ إليه تَمْلِيكًا مُسْتَأنفًا . وقال أبو يوسف : إنّما أحْكُمُ بمَوْتِه يومَ يَخْتَصِمونَ فى مالِه ، لا يَوْمَ لحاقِه بدارِ الحَرْبِ . ولَنا ، أنّه حُرٌّ منْ أهْلِ التّصرُّفِ ، ويَبْقَى مِلْكُه بَعْدَ إسْلامِه ، فلم يُحْكَمْ بزوالِ مِلْكِه ، كما لو لم يَرْتَدَّ ، ويَجِبُ رَدُّ ما أُخِذَ من مالِه ، أو أُتْلِفَ عليه ، كغيرِه .

فصل : ومتى ماتَ الذِّمِّىُّ ، ولا وارِثَ له ، كان مالُه فَيْئًا ، وكذلِكَ ما فَضَلَ من مالِه عن وارِثه ، كمنْ ليس له وارثٌ إلَّا أحَدَ الزَّوْجَيْنِ ، فإنَّ الفاضِلَ عن ميراثِه يكونُ فَيْئًا ؛ لأنّه مالٌ[10] ليس له مُسْتَحِقٌّ مُعَيَّنٌ ، فكان فَيْئًا ، كَمالِ المَيِّتِ المُسْلِمِ الذى لا وارِثَ له .

فصل : فى ميراثِ الْمَجُوسِ ، ومَن جَرَى مَجْراهم ، ممَّنْ يَنْكِحُ ذَواتَ الْمَحارِمِ ، إذا أسْلَموا وتَحاكَمُوا إلَيْنا . لا نعلمُ بَيْنَ عُلَماءِ المسلِمينَ خِلافًا فى أنَّهم لا يَرِثُونَ بنكاحِ ذَواتِ الْمَحارِمِ ، فأمَّا غيرُه من الأنْكِحَةِ ، فكُلُّ نِكاحٍ اعتقدُوا صِحتَه ، وأُقِرُّوا عليه بعدَ إسْلامِهم ، تَوارَثوا به ، سواءٌ وُجِدَ بِشُروطِه الْمُعْتَبرةِ فى نكاحِ المسلمين ، أو لم يُوجَدْ ، وما لا يُقَرُّون عليه بَعْدَ إسْلامِهم لا يَتوارثون به ، والمجوسُ وغيرُهم فى هذا سواءٌ ، فلو طلّقَ الكافرُ امْرَأتَه ثلاثًا ، ثم نَكَحَها ، ثم أسْلَما ، وماتَ أحدُهما ، لم يُقَرَّا عليه ، ولم يَتوارَثا به . وكذلك إنْ ماتَ أحدُهما قَبْلَ إسْلامِهما ، لم يَتوارَثا . فى قَوْلِ الجميعِ . وإنْ تَزَوّجَها بغيرِ شُهودٍ ، ثم ماتَ أحدُهما ، وَرِثَه الآخَرُ . وبهذا قالَ أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وقال زُفَرُ ، واللّؤْلُؤِىُّ : لا يَتوارَثانِ . وإنْ تزوّجَ امرأةً فى عِدَّتِها ، تَوارَثا ، فى ظاهِرِ كلامِ[11] أحْمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فإنَّه قال : إذا أسْلَما ، وقَدْ نَكَحَها فى العِدَّةِ أُقِرَّا عليه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال القاضى : إنْ أسْلَما بعدَ انْقِضاءِ العِدَّةِ ، أُقِرَّا ، وإنْ أسْلَما قَبْلَه[12] لم يُقَرَّا . فعلى هذا إنْ ماتَ أحدُهما قبلَ انْقضاءِ العِدَّةِ ، لم

(١٠) فى م : « ما » .

(١١) فى م : « مذهب » .

(١٢) فى م : « قبل » .

٦/١٥٦ظ يَتوارَثا ، وإنْ ماتَ بعدَه ، تَوارَثا . وهذا قولُ الشّافِعيِّ / رَضِيَ اللهُ عنه . وتأوَّلَ القاضِي روايةَ أحمدَ ، على مَن أسْلَمَ بعدَ انْقِضاءِ العِدّةِ . وإنْ تزوَّجَها وهي حُبْلى مِنْ زَوْجٍ ، أو زنًى ، فالحُكْمُ فيه كالتي قَبْلَها سواءٌ ؛ لأنَّ الزِّنَى مُوجِبٌ للعِدَّةِ . وبهذا قال الشّافعيُّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، فى الحاملِ مِنْ زَوْجٍ . وقال أبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، فى الحامِلِ مِنْ زَوْجٍ : لَا يَتوارَثانِ . وقال أبو حَنيفةَ ، والشّافِعيُّ ، فى الحامِلِ مِنَ الزِّنى : يتوارثان . وقال أبو يوسفَ ، وزُفَرُ ، واللُّؤْلُؤِيُّ : لا يتوارَثانِ . وأصْلُ الخِلافِ فى الميراثِ الاختلافُ فيما يُقَرّانِ عليه إذا أسْلَما ، أو تَحاكَما إلَيْنا ، ونذكرُ ذلك فى مَوْضِعه إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : فأمّا القَرابَةُ فَيَرِثُونَ بجميعِها ، إذا أمْكَنَ ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ عمرَ ، وعليٍّ ، وابنِ مَسْعودٍ ، وابنِ عَبّاسٍ ، وزَيْدٍ فى الصَّحِيحِ عنه . وبه قال النَّخَعِيُّ ، والثَّورِيُّ ، وقَتادَةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو حَنيفةَ ، وأصْحابُه ، ويحيى بنُ آدمَ ، وإسْحاقُ ، وداودُ ، والشّافِعيُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه . واختارَه ابنُ اللَّبّانِ . وعنْ زيدٍ ، أنّه وَرَّثَه بأقْوَى القرابَتَيْنِ ، وهى التى لا تَسْقُطُ بحالٍ . وبه قال الحسَنُ ، والزّهْرِيُّ ، والأَوْزاعِيُّ ، ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، وحَمّادٌ ، وهو الصَّحِيحُ عن الشّافِعيِّ . وعن عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، ومَكْحولٍ ، والشَّعْبِيِّ ، القولانِ جميعًا ، واحْتَجُّوا بأنَّهما قَرابتانِ ، لا يُورَثُ بهما فى الإسلامِ ، فلا يُورَثُ بهما فى غيرِه ، كما لو أسْقَطَتْ إحْداهما الأُخْرَى . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى فَرَضَ للأُمِّ الثُّلُثَ ، وللأُخْتِ النِّصْفَ ، فإذا كانتِ الأُمُّ أُخْتًا ، وَجَبَ إعْطاؤُها ما فَرَضَ اللهُ تعالى لها[13] فى الآيَتَيْنِ ، كالشَّخْصَيْنِ ، ولأنّهما قَرابتانِ ، تَرِثُ بِكُلِّ واحدةٍ منهما مُنْفَرِدةً ، لا تَحْجُبُ إحداهما الأُخرى ، ولا تَرْجَحُ بها ، فتَرِثُ بهما مُجْتَمِعَيْنِ ، كزَوْجٍ هو ابنُ عَمٍّ ، أو ابنُ عَمٍّ هو أخٌ مِن أُمٍّ ، وكَذَوِى الأرْحامِ المُدْلِينَ بِقَرابَتَيْنِ . وقياسُهم فاسدٌ ؛ لأنَّ القَرابَتَيْنِ فى الأصْلِ تُسْقِطُ إحْداهما الأُخرى إذا كانتا فى شَخْصَيْنِ ، فكذلِكَ ٦/١٥٧و إذا كانَتا فى شَخْصٍ . وقولُهم : لا يُورَثُ بهما فى الإسْلامِ . / ممنوعٌ ، فإنّه إذا وُجِدَ ذلك

---

(١٣) فى م : « لهما » .

مِنْ وَطْءِ شُبْهةٍ فى الإسلامِ وَرِثَ بهما ، ثم إنَّ امْتِناعَ الإِرْثِ بهما فى الإسلامِ لِعَدَمِ وجودِهما ، ولو تُصوِّرَ وجودُهما لَوَرِثَ بهما ، بدليلِ أنَّه قد وَرِثَ بنَظِيرِهما فى ابنِ عَمٍّ هو زَوْجٌ ، أو أخٌ مِنْ أُمٍّ . قال ابنُ اللَّبَّانِ : واعتبارُهم عِنْدى فاسِدٌ ، من قِبَلِ أنَّ الجَدَّةَ تكونُ أُخْتًا لأبٍ ، فإنْ وَرَّثُوها بكونِها جَدَّةً ، لكَوْنِ الابْنِ يُسْقِطُ الأُخْتَ دونها ، لزِمَهم تَوْرِيثُها ، بكَوْنِها أُخْتًا ، لِكَوْنِ الأمِّ تُسْقِطُ الجدّةَ دونَها . وخالفوا نصَّ الكِتابِ فى فَرْضِ الأُخْتِ ، ووَرَّثُوا الجَدّةَ التى لا نَصَّ للْكِتابِ فى فَرْضِها ، وهو مُخْتَلَفٌ فيه ، فمنهم مَنْ قال : هو طُعْمَةٌ ، وليس بِفَرْضٍ مُسَمًّى[14] . ويَلْزَمُهم أنَّ الميِّتَ إذا خَلَّفَ أُمَّه ، وأُمَّ أُمٍّ هى أُختٌ ، أنْ لا يُورِّثُوها شيئًا ؛ لأنَّ الجُدودَةَ مَحْجوبَةٌ ، وهى أقْوَى القَرابَتَيْنِ . وإنْ قالوا : نُوَرِّثُها مَعَ الأُمِّ بكَوْنِها أُخْتًا . نَقَضوا اعتبارَهم بكَوْنِها أقْوَى القَرابَتَيْنِ ، وجَعَلوا الأُخوَّةَ تارةً أقْوى ، وتارةً أضْعَفَ . وإنْ قالوا : أقْوَى القَرابَتَيْنِ الأُخوَّةُ ؛ لأنَّ ميراثَها أوْفَرُ . لَزِمَهم فى أمٍّ هى أُختٌ جَعْلَ الأُخُوَّةِ أقْوى مِنْ جِهَةِ الأُمومَةِ ، ويَلْزَمُهم فى إسْقاطِ ميراثِها مع الابْنِ والأخِ مِنَ الأبَوَيْنِ ما لَزِمَ القائلين بِتَقْديمِ الجُدودَةِ مَعَ الأُمِّ . فإنْ قالوا : تَوْرِيثُها بالقرابتَيْنِ يُفْضِى إلى حَجْبِ الأُمِّ بِنَفْسِها ، إذا كانتْ أُخْتًا ، وللميِّتِ أُختٌ أُخرى . قلنا : وما المانِعُ مِنْ هذا ؟ فإنَّ اللهَ تعالى حَجَبَ الأُمَّ بالأُخْتَيْنِ بقوله : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾[15] . من غَيْرِ تَقْييدٍ بِغيرِها . ثم هم قد حَجَبُوها عن ميراثِ الأُخْتِ بِنَفْسِها ، فقدْ دَخَلوا فيما أنْكَرُوه ، بَلْ هو أعْظَمُ ؛ لأنَّهم فَرُّوا من حَجْبِ التَّنْقيصِ إلى حَجْبِ الإسْقاطِ ، وأسْقَطوا الفَرْضَ الذى هو أوفرُ بالكُلِّيَّةِ مُحافَظَةً على بعضِ الفَرْضِ الأدْنى ، وخالَفوا مَدْلولَ أرْبَعةِ / نُصوصٍ مِنْ كِتابِ اللهِ تعالى ؛ لأنَّهم أعْطَوا الأمَّ الثُّلُثَ ، وإنَّما فَرَضَ اللهُ لها مَعَ الأُختيْنِ السُّدُسَ . والثّانى ، أنَّ اللهَ تعالى إنَّما فَرَضَ لِكُلِّ واحِدَةٍ مِنَ الأُخْتَيْنِ ثُلُثًا ، فأعْطَوْا إحْداهما النِّصْفَ كامِلًا . والثّالث ، أنّ اللهَ تعالى فَرَضَ للأُخْتَيْنِ الثُّلُثَيْن ، وهاتان أُختان ، فلم يَجْعلوا لهما الثُّلُثَيْنِ . الرّابع ، أنَّ مُقْتَضى الآيَةِ أنْ يَكونَ لِكُلِّ واحِدَةٍ من الأُخْتَيْنِ الثُّلُثُ ، وهذه أُختٌ ، فلم يُعْطُوها

٦/١٥٧ ظ

(١٤) فى م : « مستحق » .

(١٥) سورة النساء ١١ .

بكَوْنِها أُخْتًا شيْئًا . وهذا كُلُّه معنى كلامِ ابْنِ اللَّبَّانِ .

فصل : والمسائِلُ التى تَجْتَمِعُ فيها قرابَتانِ ، يَصِحُّ الإرْثُ بهما سِتٌّ ؛ إحْداهُنَّ فى الذُّكورِ ، وهى عَمٌّ هو أخٌ لأُمٍّ ، وخَمْسٌ فى الإناثِ ، وهى بِنْتٌ هى أُخْتٌ ، أو بِنْتُ ابنٍ ، وأُمٌّ هى أُخْتٌ ، وأُمُّ أُمٍّ هى أُخْتٌ لِأَبٍ ، وأُمُّ أَبٍ هى أُخْتٌ لِأُمٍّ ، فمَنْ وَرَّثَهم بأقْوَى القَرابَتَيْنِ ، وَرَّثَهم بالبُنُوَّةِ والأُمومَةِ ، دُونَ الأُخُوَّةِ ، وبُنُوَّةِ الابْنِ . واخْتَلفوا فى الجَدَّةِ إذا كانتْ أُخْتًا ؛ فمنهم مَنْ قال : الجُدودةُ أقْوَى ؛ لأنَّها جِهَةُ وِلادَةٍ لا تَسْقُطُ بالْوَلَدِ . ومنهم مَنْ قال : الأُخُوَّةُ أقْوَى ؛ لأنَّها أكْثَرُ مِيراثًا[16] . قال ابن سُرَيْجٍ وغَيْرُه : هو الصَّحيحُ . ومَنْ وَرَّثَ بِأقْوى القَرابَتَيْنِ لَم يَحْجُبِ الأُمَّ بإخْوَةِ نَفْسِها ، إلَّا ما حَكاه سَحْنُونٌ ، عن مالكٍ ، أنَّه حَجَبَها بذلك . والصَّحِيحُ عنه الأوَّلُ . ومَنْ وَرَّثَ بالْقَرابَتَيْنِ حَجَبَها بِذلك . ومتى كانتِ البِنْتُ أُخْتًا ، والمَيِّتُ رَجُلٌ ، فهى أُخْتٌ لأُمٍّ ، وإنْ كان امْرأةً فهى أُخْتٌ لِأَبٍ . وإنْ قيل : أُمٌّ هى أُخْتٌ لأُمٍّ ، أو أُمُّ أُمٍّ هى أُخْتٌ لأُمٍّ ، أو أُمُّ أَبٍ هى أُخْتٌ لِأَبٍ . فهو مُحالٌ .

مسائل من ذلك : مَجُوسِيٌّ تَزَوَّجَ ابْنَته ، فأوْلَدها بنتًا ، ثم ماتَ عنهما ، فلهما الثُّلُثانِ ؛ لأنَّهما ابْنَتانِ ، ولا تَرِثُ الكُبْرَى بالزَّوْجيّةِ شيئًا فى قولِهم جميعًا . فإنْ ماتَتِ الكُبْرى بعدَه ، فقد تَرَكَتْ بِنتًا ، هى أُخْتٌ لأَبٍ ، فلها النِّصْفُ بالبُنُوَّةِ ، والباقى بالأُخُوَّةِ ، وإنْ ماتَتِ الصُّغْرى قبلَ الكُبْرى ، فقد تَرَكَتْ أُمًّا ، هى أُخْتٌ لأَبٍ ، فلها / النِّصْفُ ، والثُّلُثُ بالقَرابَتَيْنِ ، ومَنْ وَرَّثَ بِأقْوَى القَرابَتَيْنِ لم يُوَرِّثْها بالأُخُوَّةِ شيئًا فى المسْألَتَيْنِ . وقال ابنُ سُرَيْجٍ : يَحْتَمِلُ قَوْلُ الشَّافِعِىِّ رَضِىَ اللهُ عنه تَوْرِيثَها بالقَرابَتَيْنِ فى المسْألَتَيْنِ ؛ لأنَّه لم يَمْنَعْ تَوْرِيثَ الشَّخْصِ بِفَرْضٍ وتَعْصِيبٍ ، لتَوْرِيثِه ابْنَ العَمِّ إذا كان زَوْجًا ، أو أخًا لأُمٍّ ، وإنَّما مُنِعَ الإرْثُ بِفَرْضَيْنِ . فإنْ كان المجوسِيُّ أَوْلَدَها بِنْتَيْنِ ، ثُمَّ ماتَ وماتَتِ الْكُبْرى بَعْدَه ، فقد تَرَكَتْ بِنْتَيْنِ ، هما أُخْتانِ لأَبٍ ، وإنْ لم تَمُتِ الْكُبْرى ، بل ماتتْ إحْدى الصَّغيرتَيْنِ ، فقد تَرَكَتْ أُخْتًا لِأَبَوَيْنِ ، وأُمًّا هى أُخْتٌ لِأَبٍ ؛ فلأُمِّها السُّدُسُ بِكَوْنِها أُمًّا ، والسُّدُسُ بِكَوْنِها أُخْتًا لِأَبٍ ، وانْحَجَبَتْ بِنَفْسِها وأُخْتِها

١٥٨/٦و

(١٦) فى م : « ميراثها » .

عَنِ السُّدُسِ ، وللأُخْتِ النِّصْفُ . وعلى القَوْلِ الآخَرِ ، لها الثُّلُثُ بِالأُمومَةِ ، ولا شيءَ لها بالأُخُوَّةِ ، ولا تَنْحَجِبُ بها ، وللأُخْتِ النِّصْفُ ، فقد استوى الحُكْمُ في القَوْلَيْنِ ، وإنِ اخْتَلَفَ طريقُهما . وعلى ما حكاه سَحْنونُ ، لها السُّدُسُ ، وتَنْحَجِبُ بِنَفْسِها ، وأُخْتِها . وإنْ أَوْلَدَها المجوسِيُّ ابنًا ، وبِنْتًا ، ثم ماتَ ، وماتَتِ الصُّغْرى بعدَه ، فقد خلَّفَتْ أُمًّا هي أختٌ لأبٍ ، وأخًا لأمٍّ وأبٍ ؛ فَلأُمِّها السُّدُسُ ، والباقي لِلأخِ ، ولا شيءَ لِلأُمِّ بالأُخُوَّةِ ؛ لأنَّ الأخَ لِلأبَوَيْنِ يَحْجُبها . وعلى القَوْلِ الآخرِ ؛ للأُمِّ الثُّلُثُ كامِلًا . وإنْ تَزَوَّجَ المجوسِيُّ أُمَّه ، فأَوْلَدَها بِنْتًا ، ثم مات[17] فلأُمِّه السُّدُسُ ، ولابْنَتِه النِّصْفُ ، ولا تَرِثُ أُمُّه بالزَّوْجِيَّةِ شيئًا[18] ، ولا ابنتُه بِكَوْنِها أُخْتًا لأُمٍّ شيئًا . وإنْ ماتَتِ الكُبْرى بعدَه ، فقد خَلَّفَتْ بِنْتًا هي بنتُ ابنٍ ، فلها الثُّلُثانِ بالقَرابَتَيْنِ . وعلى القَوْلِ الآخرِ ؛ لها النِّصْفُ . وإنْ ماتتِ الصُّغْرى بعدَه ، فقد تَرَكَتْ أُمًّا هي أُمُّ أبٍ ، فلها الثُّلُثُ بالأُمومَةِ لا غيرُ ، على القَوْلَيْنِ جميعًا . وإنْ تَزَوَّجَ ابْنَتَه ، فأَوْلَدَها بِنْتًا[19] ، ثم تزوَّجَ الصُّغْرى ، فأَوْلَدَها بِنْتًا ، ثم ماتَ ، وماتَتِ الكُبْرى بعدَه ، فقد تَرَكَتْ أُخْتَيْها لأبيها ، إحْداهما بِنْتُها[20] ، والأُخرى بِنْتُ بِنْتِها ، فَلِبِنتِها النِّصْفُ ، والباقي بينهما . وعلى القَوْلِ الآخرِ ، لبِنْتِها النِّصْفُ ، والباقي للصُّغْرى . وإن ماتَتِ الوُسْطى بَعْدَه ، فقد / تَرَكَتْ أُخْتَيها ؛ إحْداهُما أُمُّها ، والأُخرى بِنْتُها ؛ فلأُمِّها السُّدُسُ ، ولِبِنْتِها النِّصْفُ ، والباقي بينهما . وعلى القَوْلِ الآخرِ ، الباقي للعَصَبَةِ . وإنْ ماتَتِ الصُّغْرى بعدَه ، فقد خَلَّفَتْ أُخْتَيها ؛ إحداهما أُمُّها ، والأُخرى جَدَّتُها ؛ فلأُمِّها السُّدُسُ ، والباقي بينهما ، وقد انْحَجَبَتِ الأُمُّ بِنَفْسِها ، وبِأُمِّها عنِ السُّدُسِ . وعلى القَوْلِ الآخرِ مَن جَعَلَ الأُخُوَّةَ أقْوَى ، فللكُبْرَى النِّصْفُ ، وللْوُسْطى الثُّلُثُ ، والباقي لِلْعَصَبَةِ . ومَنْ جَعَلَ الجُدودَةَ أقْوَى ، لم يُوَرِّثِ

٦/١٥٨ظ

---

(١٧) في م : « ماتت » .

(١٨) سقط من : ا .

(١٩) في م : « ابنة » .

(٢٠) في م زيادة : « وبنت أبيها » .

الكُبْرَى شَيْئًا ؛ لأنَّها لا تَرِثُ بالأُخُوَّةِ ، لِكَوْنِها ضَعِيفةً ، ولا بالْجُدودَةِ ، لِكَوْنِها مَحْجوبَةً بالأُمومَةِ . وإنْ ماتتِ الصُّغْرى بعدَ الوُسْطَى ، فقد خَلَّفَتْ جَدَّةً هى أُخْتٌ لِأَبٍ ، فلها الثُّلُثُ بالقَرابَتَيْنِ ، ومَنْ وَرَّثَ بإحْداهما ، فلها السُّدُسُ عندَ قَوْمٍ . وعندَ ابْنِ سُرَيْجٍ ومَنْ وافَقَه لها النِّصْفُ ، وهو اخْتيار الخَبْرِىِّ . مجوسىٌّ تزوَّجَ أُمَّه ، فأَوْلَدها بِنْتًا ، ثم تَزَوَّجَ بِنْتَه ، فأَوْلَدَها ابنًا ، ثمَّ تَزَوَّجَ الابنُ جَدَّتَه ، فأَوْلَدها بنتًا ، ثم ماتَ الْمَجُوسىُّ ، ثم ماتتْ أُمُّه ، فقد خَلَّفَتْ بِنْتًا هى بنتُ ابنٍ ، وبنتًا أُخرى هى بنتُ ابنِ ابنٍ ، وخلَّفتِ ابنَ ابنٍ هو زَوْجُها ؛ فلابْنَتِها الثُّلُثانِ ، والباقى بينَ الكُبْرَى وابنِها على ثَلاثةٍ ، وتصحُّ من تِسْعَةٍ ؛ للكُبْرِى أَرْبَعةٌ ، وللصُّغْرى ثلاثةٌ ، وللذَّكرِ سَهْمان . وعلى القَوْلِ الآخَرِ ، الباقى للذَّكَرِ وَحْدَه . فإنْ ماتتْ بعدَه بِنْتُه ، فإنَّ الكُبْرى جَدَّتُها أمُّ أبيها ، وهى أُخْتُها مِن أُمِّها ، فلها السُّدُسان بالقَرابَتَيْنِ ، وفى الثَّانى لها السُّدُسُ بإحْداهما .

فصل : وإنْ وَطِئَ مُسْلِمٌ بَعْضَ مَحارِمِه بِشُبْهةٍ ، أو اشْتراها وهو لا يَعْرِفُها فَوَطِئَها ، فولَدتْ له ، واتَّفَقَ مِثْلُ هذه[21] الأنسابِ[22] ، فالحكمُ فيها مِثْلُ هذا سواءً .

١٠٤٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا غَرِقَ الْمُتَوارِثَانِ ، أَوْ مَاتَا تَحْتَ هَدْمٍ ، فَجُهِلَ أَوَّلُهُمَا مَوْتًا ، وُرِّثَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ)

١٥٩/٦و وجملةُ ذلك أنَّ المُتَوارِثَيْنِ / إذا ماتا ، فجُهِلَ أوَّلُهما مَوْتًا ، فإنَّ أحمدَ قال : أذْهبُ إلى قولِ عمرَ ، وعلىٍّ ، وشُرَيْحٍ ، وإبراهيمَ ، والشَّعْبىِّ : يَرِثُ بَعْضُهم من بعضٍ . يعْنى من تِلادِ مالِه دون طارِفِه ، وهو ما وَرِثَه مِن مَيِّتٍ معه . وهذا قولُ مَن ذكَره الإمامُ أحمدُ ،

(٢١) فى ا : « هذا » .

(٢٢) فى ا : « الأسباب » . وفى م : « لإنسان » .

وهو قولُ إياسِ بنِ عَبْدٍ[1] المُزَنِىِّ ، وعطاءٍ ، والحسَنِ ، وحُمَيْدٍ الأعْرَجِ ، وعَبْدِ اللهِ بنِ عُتْبةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والحسَنِ بنِ صالحٍ ، وشَرِيكٍ ، ويحيى بنِ آدمَ ، وإسحاقَ ، وحُكِىَ ذلك عن ابنِ مَسْعودٍ . قال الشَّعْبِىُّ : وَقَعَ الطَّاعونُ بالشَّامِ عامَ عَمَوَاسٍ ، فجعلَ أهلُ البَيْتِ يمُوتون عن آخِرِهم ، فكُتِبَ فى ذلك إلى عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . فكتبَ عمرُ : أنْ وَرِّثوا بعضَهم مِن بعضٍ[2] . ورُوِىَ عن أبى بكرٍ الصِّدِّيقِ ، وزَيْدٍ ، وابنِ عبَّاسٍ ، ومُعاذٍ ، والحسَنِ بنِ علىٍّ ، رضِى اللهُ عنهم ، أنَّهم ، لم يُوَرِّثُوا بعضَهم من بعضٍ ، وجَعَلوا ما لكلِّ واحدٍ للأحْياءِ مِن وَرَثَتِه . وبه قال عمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وأبو الزِّنادِ ، والزُّهْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، ومالِكٌ والشَّافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وأبو حنيفةَ ، وأصْحابُه ، ويُرْوَى ذلك عن عمرَ ، والحسَنِ البَصْرِىِّ ، وراشِدِ بنِ سَعْدٍ[3] ، وحكيمِ بنِ عُمَيْرٍ[4] ، وعبدِ الرحمنِ بنِ عَوْفٍ . ورُوِىَ عَنْ أحمدَ ما يدلُّ عليه ، فإنَّه قال فى امْرأةٍ وابنِها ماتا ، فقال زَوْجُها : ماتَتْ فَوَرِثْناها ، ثم ماتَ ابنِى فَوَرِثْتُه . وقالَ أخوها : ماتَ ابنُها فورِثَتْهُ ، ثم ماتَتْ فَوَرِثْناها . حَلَفَ كُلُّ واحِدٍ منهما على إبْطالِ دَعْوى صاحِبه ، وكان ميراثُ الابْنِ لأبيه ، وميراثُ المرْأةِ لِأخيها وزَوْجِها نِصفَيْنِ . فجعلَ ميراثَ كلِّ واحدٍ منهما للأحْياءِ مِنْ وَرَثَتِه . فيَحْتَمِلُ أنْ يُجْعَلَ هذا رِوايةً عنْ أحمدَ فى جميعِ مسائلِ البابِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ هذا قَوْلَه فيما إذا ادَّعَى وارِثُ كُلِّ مَيِّتٍ أنَّ مَوْرُوثَه كان آخِرَهما مَوْتًا ، ويَرِثُ كُلُّ واحِدٍ منهما منَ الآخَرِ ، إذا اتَّفَقَ وُرَّاثُهم على الجَهْلِ بكَيْفِيَّةِ مَوْتِهم ؛ لأنَّ مع التَّداعِى تَتَوجَّهُ اليمينُ[5] ، على المُدَّعَى عليه ، فيَحْلِفُ على إبْطالِ دَعْوَى صاحِبِه ، / ويتوَفَّرُ ٦/١٥٩ظ

---

(١) فى م : « عبد الله » . وهو إياس بن عبد المزنى ، له صحبة ، ويعد فى الحجازيين . تهذيب التهذيب ١ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

(٢) رواه البيهقى ، فى السنن الكبرى ٦ / ٢٢٢ ، وكان ذلك سنة ثمان عشرة ، بناحية الأردن . وعمواس : ضيعة على ستة أميال من الرملة على طريق بيت المقدس . انظر : العبر ١ / ٢١ .

(٣) راشد بن سعد المقرائى ، بضم الميم وسكون القاف ، ثقة لا بأس به ، توفى سنة ثمان ومائة . تهذيب التهذيب ٣ / ٢٢٥ ، ٢٢٦ .

(٤) حكيم بن عمير بن الأحوص العنسى ، تابعى ، لا بأس به . تهذيب التهذيب ٢ / ٤٥٠ .

(٥) فى م زيادة : « فيحلف » .

الميراثُ له ، كما فى سائرِ الحُقوقِ ، بخِلافِ ما إذا اتَّفقُوا على الجهلِ ، فلا تتَوجَّهُ يَمينٌ ؛ لأن اليمينَ لا يُشْرَعُ فى مَوْضِعٍ اتَّفقوا على الجَهْلِ به . واحتجَّ مَنْ قال بعَدمِ تَوْريثِ بعضِهم مِن بعضٍ ، بما روَى سعيدٌ[6] ، حدَّثَنا إسماعيلُ بنُ عَيَّاشٍ ، عن يحيى بن سَعيدٍ : أنَّ قَتْلَى الْيَمامَةِ ، وقَتْلَى صِفِّينَ والْحَرَّةِ ، لَمْ يُوَرَّثُوا بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ ، وَوَرَّثُوا عَصَبَتَهُم الأَحْيَاءَ . وقال[6] : حَدَّثَنا عبدُ العزيزِ بنُ محمدٍ ، عن جَعْفرِ بنِ محمدٍ ، عن أبيه : أنَّ أُمَّ كُلْثوم بنتَ علىٍّ تُوُفِّيَتْ هى وابنُها زَيْدُ بنُ عمرَ ، فالْتَقَتِ الصَّيْحَتانِ فى الطَّرِيقِ ، فلم يُدْرَ أيُّهما ماتَ قَبْلَ صاحِبه ، فلمْ تَرِثْه ولم يَرِثْها . وأنَّ أهْلَ صِفِّينَ ، وأهْلَ الْحَرَّةِ لم يتوارَثوا . ولأنَّ شَرْطَ التَّوريثِ حياةُ الوارِثِ بعْدَ مَوْتِ المَوْرُوثِ ، وهو غيرُ مَعْلومٍ ، ولا يَثْبُتُ التَّوريثُ مع الشَّكِّ فى شَرْطِه ، ولأنَّه لم تُعْلَمْ حياتُه حينَ مَوْتِ مَوْرُوثِه ، فلم يَرِثْه ، كالْحَمْلِ إذا وَضَعَتْه مَيِّتًا ، ولأنَّ الأصْلَ عَدَمُ التَّوْريثِ فلا نُثْبِتُه بالشَّكِّ ، ولأنَّ تَوْريثَ كُلِّ واحِدٍ منهما خَطأٌ يَقِينًا ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من أنْ يكونَ مَوْتُهما معًا ، أو سَبَقَ أحَدُهما به ، وتَوْريثُ السَّابِقِ بالمَوْتِ والميِّتِ معه خطأٌ يقينًا ، مخالفٌ للإجْماعِ ، فكيفَ يُعْمَلُ به ! فإنْ قيلَ : ففى قَطْعِ التَّوريثِ قَطْعُ تَوْريثِ المَسْبوقِ بالمَوْتِ ، وهو خَطأٌ أيضًا . قُلْنا : هذا غيرُ مُتيقَّنٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ مَوْتَهُما جميعًا ، فلا يكونُ فيهما مَسْبوقٌ . وقد احتجَّ بَعْضُ أصْحابِنا بما رَوى إياسُ بنُ عَبْدٍ[7] المُزَنىُّ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ قَوْمٍ وَقَعَ عَلَيْهِم بَيْتٌ . فقال : يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا . والصَّحيحُ أنَّ هذا إنَّما هو عن إياسٍ نَفْسِه ، وأنَّه هو المسئولُ، وليس بروايةٍ عنِ النَّبىِّ ﷺ. هكذا رواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[8] . وحَكاهُ الإمامُ أحْمدُ عنه . وقال أبو ثَوْرٍ ، [9]وابن سُرَيْجٍ[9] ، وطائِفةٌ مِنَ البَصْرِيِّينَ : يُعْطَى كُلُّ وارِثٍ

---

(٦) فى : باب الغرق والحرق ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٨٦ . والحديث الثانى أخرجه أيضا البيهقى ، فى : باب ميراث من عمى موته ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٢ .

(٧) فى م : « عبد الله » . وتقدم فى صفحة ١٧١ .

(٨) فى : باب الغرق والحرق . السنن ١ / ٨٥ .

كما أورده البيهقى ، فى : باب ميراث من عمى موته ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٢٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى ٤ / ٧٤ .

(٩-٩) فى م : « وشريح » .

اليَقينَ ، ويُوقَفُ المشْكوكُ فيه ، حَتّى يَتَبَيَّنَ / الأَمْرُ ، أو يَصْطَلِحوا . وقال الْخَبْرِيُّ : هذا ٦/١٦٠و
هو الحُكْمُ فيما إذا عُلِمَ مَوْتُ أحدِهما قَبْلَ صاحِبِه . ولم يذكُرْ فيه خلافًا .

ومن مَسائِلِ ذلك ؛ أَخَوانِ غَرِقا ، أَحَدُهما مَوْلَى زَيْدٍ ، والآخَرُ مَوْلَى عمرٍو ؛ مَن وَرَّثَ كُلَّ واحِدٍ منهما مِن صاحِبِه ، جَعَلَ ميراثَ كُلِّ واحِدٍ منهما لمَوْلَى أخيه ، ومَن لم يُوَرِّثْ أحدَهما من صاحِبِه ، جَعَلَ ميراثَ كُلِّ واحِدٍ منهما لِمَوْلاه ، ومَنْ قال بالوَقْفِ ، وَقَفَ مالَهما . فإنِ ادَّعى كُلُّ واحِدٍ مِن المَوْلَيَيْنِ أنَّ مَوْلاه آخِرُهما موتًا ، حَلَفَ كُلُّ واحِدٍ منهما على إبْطالِ دَعْوى صاحِبِه ، وأَخَذَ مالَ مَوْلاهُ على مَسْأَلةِ الخِرَقِيِّ . وإنْ كانتْ لهما أُخْتٌ ، فلها الثُّلُثانِ من مالِ كُلِّ واحِدٍ منهما على القَوْلِ الأَوَّلِ ، والنِّصْفُ على القَوْلِ[10] الثّاني . وإنْ خَلَّفَ كُلُّ واحِدٍ منهما بِنْتًا وزَوْجَةً ، فمَنْ لم يُوَرِّثْ بعضَهم من بعضٍ ، صَحَّحَها من ثمانيةٍ ، لامْرأتِه الثُّمُنُ ، ولابْنَتِه النِّصْفُ ، والباقى لِمَوْلاه . ومَن وَرَّثَهم ، جَعَلَ الباقِىَ لِأخيه ، ثُمَّ قَسَّمَه بَيْنَ وَرَثَةِ أخيه على ثمانيةٍ ، ثم ضَرَبَها فى الثّمانِيةِ الأُولى ، فصَحَّتْ من أربعةٍ وسِتِّين[11] ؛ لامْرأتِه ثمانيةٌ ، ولابْنَتِه اثْنانِ وثلاثون ، ولامْرَأةِ أخيه ثُمُنُ الباقى ثلاثةٌ ، ولابْنَتِه اثْنا عَشَرَ ، ولمَوْلاه الباقى تِسْعَةٌ . أَخٌ وأُخْتٌ غَرِقا ، ولهما أُمٌّ وعمٌّ وزَوْجانِ ، فمَن وَرَّثَ كُلَّ واحِدٍ مِن صاحِبِه ، جعَل ميراثَ الأخِ بينَ امْرأتِه وأُمِّه وأُخْتِه على ثَلاثَةَ عَشَرَ ، فما أصابَ الأُخْتَ منها فهو بينَ زَوْجِها وأُمِّها وعَمِّها على سِتَّةٍ ، فصحَّتِ المسْأَلَتانِ من ثَلاثَةَ عَشَرَ ؛ لامْرَأةِ الأخِ ثَلاثَةٌ ، ولِزَوْجِ الأُخْتِ ثَلاثَةٌ ، وللأُمِّ أربعةٌ بميراثِها مِن الأخِ ، واثْنانِ بميراثِها من الأُخْتِ ، وللعَمِّ سَهْمٌ ، وميراثُ الأُخْتِ بينَ زَوْجِها وأُمِّها وأخيها على سِتَّةٍ ؛ لأخيها سَهْمٌ بينَ أُمِّه وامرأته وعَمِّه على اثْنَى عَشَرَ ، تَضْرِبُها فى الأُولَى ، تكُنْ من اثنينِ وسَبْعين ، والضَّرَرُ فى هذا القَوْلِ على مَن يَرِثُ مِنْ أَحَدِ المَيِّتَيْنِ

---

(١٠) سقط من : الأصل ، ا .

(١١) سقط من : م .

٦/١٦٠ظ دُونَ الآخرِ ، ويَنْتَفِعُ به مَن يَرِثُ منهما . ثلاثةُ إخوةٍ لأبوَيْن[١٢] ، / غَرِقوا ، ولهم أمٌّ وعَصبَةٌ[١٣] ، فقَدِّرْ مَوْتَ أحَدِهم أوَّلًا ، فلأمِّه السُّدُسُ ، والباقى لأخوَيْه ، فتصِحُّ مِن اثنَى عَشَرَ ، لِكُلِّ واحِدٍ مِن أخوَيْه خَمْسَةٌ ، بينَ أمِّه وعَصبَتِه ، على ثلاثةٍ ، فتَضْرِبُها فى الأُولَى ، تكُنْ سِتَّةً وثلاثين ، للأمِّ من ميراثِ الأوَّلِ السُّدُسُ سِتَّةٌ ، وممَّا وَرِثَه كُلُّ واحِدٍ من الأخوَيْنِ خمسةٌ ، فصارَ لها سِتَّةَ عَشَرَ ، والباقى لِلْعَصبَةِ ، ولها من ميراثِ كُلِّ واحِدٍ مِنَ الأخوَيْن[١٤] مِثْلُ ذلك . ذكرَ هذه المسْألَةَ أبو بكرٍ . ثلاثةُ إخوةٍ مُفْتَرِقين غَرِقُوا ، وخَلَّفَ كُلُّ واحِدٍ مِنْهم أُخْتَه لِأبَوَيْه ، فقَدِّرْ مَوْتَ الأخِ مِن الأبوَيْنِ أوَّلًا عن أُخْتِه مِنْ أبوَيْه ، وأخوَيْه مِن أبيه ، وأخوَيْه مِنْ أُمِّه ، فصَحَّتْ مَسْألَتُه مِنْ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ؛ لِأخِيه مِنْ أُمِّه مِنها ثَلاثَةٌ بين أُخْتِه مِنْ أبَوَيْه وأُخْتِه مِنْ أُمِّهِ ، على أرْبَعَةٍ ، وأصابَ الأخَ مِنَ الأبِ مِنْها اثْنانِ[١٥] ، بَيْنَ أخيه مِنْ أبوَيْه ، وأُخْتِه مِنْ أبيهِ ، على أرْبَعةٍ ، فَتَجْتَزِئُ بإحْداهما ، وتَضْرِبُها فى الأُولَى ، تَكُنِ اثْنَيْنِ وسَبْعِين ، ثم قَدِّرْ مَوْتَ الأخِ مِنَ الأمِّ ، عن أُخْتٍ لِأبوَيْنِ ، وأخٍ ، وأُخْتٍ لأمٍّ ، فَمسْألَتُه مِنْ خَمْسَةٍ . [١٦]مات أخُوه لأمِّه عن ثلاثِ أخَواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، فهى من خمسةٍ[١٦] أيضًا ، تَضْرِبُها فى الأُولَى ، تَكُنْ خَمْسَةً وعِشْرين ، ثُمَّ قَدِّرْ مَوْتَ الأخِ مِنَ الأبِ ، عَنْ أُخْتٍ لِأبوَيْه ، وأخٍ وأُخْتٍ لِأبيه ، فهى مِن سِتَّةٍ ، ثم ماتَ الأخُ مِنَ الأبِ عن ثَلاثِ أخَواتٍ مُفْتَرِقاتٍ ، فهى مِنْ خَمْسَةٍ ، تَضْرِبُها فى الأُولَى ، تَكُنْ ثَلاثِينَ . فَإنْ خَلَّفَ بِنْتًا وَأخوَيْنِ ، فلم يَقْتَسِموا التَّرِكَةَ حتى غَرِقَ الأخَوانِ ، وخَلَّفَ أحَدُهما امْرأةً وبِنْتًا وعَمًّا ؛ وخَلَّفَ الآخَرُ ابْنَيْنِ ، وابْنَتَيْنِ ؛ الأُولى مِن أرْبَعَةٍ ، ماتَ أحَدُهم عن سَهْمٍ ، ومَسْألَتُه مِنْ ثمانيةٍ ، لِأخِيه مِنْها ثَلاثَةٌ ، بينَ أوْلَادِه على سِتَّةٍ ، رَجَعوا إلى اثْنَيْنِ ، تَضْرِبُها فى ثمانيةٍ ، تكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، وفَرِيضَةُ الآخرِ مِن سِتَّةٍ ، يتَّفِقانِ

---

(١٢) فى م : « من أبوين » .

(١٣) فى م : « أو عصبة » .

(١٤) فى م : « الأبوين » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « اثنين » . على أن الأخ فاعل .

(١٦ – ١٦) سقط من : م .

بالنِّصْفِ ، فاضْرِبْ نِصفَ إحْداهما فى الأُخْرى ، تَكُنْ ثَمانِيَةً وأرْبَعِينَ ، ثم فى أرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً واثْنَيْنِ وتِسْعِينَ ، / للبِنْتِ نِصفُها ، ولِأَوْلادِ الأخِ عن أبِيهِم رُبُعُها ، وعن عَمِّهِم ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، صارَ لهم سِتَّةٌ وسِتُّونَ ، ولامْرَأةِ الأخِ سِتَّةٌ ، ولِبِنْتِه أرْبَعَةٌ وعِشْرونَ . ١٦١/٦و

فصل : وإنْ عُلِمَ خُروجُ رُوحِهما مَعًا فى حالٍ واحِدَةٍ ، لم يَرِثْ أحَدُهما صاحِبَه ، ووَرِثَ كُلَّ واحِدٍ الأحْياءُ مِنْ وَرَثَتِه ؛ لأنَّ تَوْرِيثَه مَشْروطٌ بحَياتِه بعْدَه ، وقد عُلِمَ انْتِفاءُ ذلك . وإنْ عُلِمَ أنَّ أحَدَهما ماتَ قبلَ صاحِبِه بِعَيْنِه ، ثم أُشْكِلَ ، أُعْطِىَ كُلُّ وارِثٍ اليَقِينَ ، ووُقِفَ الباقى حتى يَتبيَّنَ الأمْر أو يَصْطَلِحوا . قال القاضى : وقِياسُ المذهبِ أن يُقَسَّمَ على سَبِيلِ ميراثِ الغَرْقَى الذين جُهِلَ حالُهم . وإن ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ مَيِّتٍ أنَّه آخرُهما مَوْتًا، فهى مَسْأَلَةُ الخِرَقِىِّ . وقَدْ نَصَّ فيها الإمامُ أحْمَدُ على أنَّ وَرَثَةَ كُلِّ مَيِّتٍ يَحْلِفونَ، ويخْتَصُّونَ[17] بمِيراثِه ، فيَحْتَمِلُ أنْ يُقاسَ على هذه الصُّورَةِ سائِرُ الصُّوَرِ، فَتَخَرَّجُ[18] فى الْجَمِيعِ رِوايَتانِ ، ويُحْتَمَلُ أنْ يَخْتَصَّ هذا الحُكْمُ بهذه الصُّورَةِ دُونَ غَيْرِها ؛ لأنَّ هذه الصُّورَةَ فيها مُدَّعٍ ومُنْكِرٌ ، والْيَمِينُ على مَنْ أنْكَرَ ، بخِلافِ بَقِيَّةِ الصُّوَرِ ، واللهُ أعلمُ .

١٠٤٩ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ لَمْ يَرِثْ لَمْ يَحْجُبْ)

يَعْنى مَن لم يَرِثْ لِمَعْنًى فيه ، كالْمُخالِفِ فى الدِّينِ ، والرَّقِيقِ ، والقَاتِلِ ، فهذا لا يَحْجُبُ غيرَه ، فى قَوْلِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ من الصَّحابَةِ ، والتَّابِعينَ ، إلَّا ابْنَ مَسْعودٍ ، ومَنْ وافَقَه ، فإنَّهم يَحْجُبونَ الأُمَّ ، والزَّوْجَيْنِ بالْوَلَدِ الكافِرِ ، والقاتِلِ ، والرَّقِيقِ ، ويَحْجُبونَ الأُمَّ بالإخْوَةِ الذين هم كذلك . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وداودُ . وتابَعَه الْحَسَنُ فى القاتِلِ دونَ غَيْرِه . ولَعَلَّهم تَمَسَّكوا بعُمومِ قَوْلِه تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾[1] . ﴿ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾[1] . وقَوْلِه تعالى :

---

(١٧) فى م : « ويختصمون » .

(١٨) فى م : « فيتخرج » .

(١) سورة النساء ١٢ .

١٦١/٦ظ ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ / مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾[٢] . وقَوْلِه : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾[٢] . وهؤلاءِ أَوْلادٌ ، وإِخوةٌ ، وعَدَمُ إِرْثِهم لا يَمْنَعُ حَجْبَهم ، كالإخْوَةِ مع الأَبَوَيْنِ يَحْجُبونَ الأُمَّ ، ولا يَرِثونَ . ولَنا ، أنَّه وَلَدٌ لا يَحْجُبُ الإخْوَةَ مِنَ الأُمِّ ، ولا يَحْجُبُ وَلَدَه ، ولا الأبَ إلى السُّدُسِ ، فلم يَحْجُبْ غيرَهم ، كالْمَيِّتِ ، ولأنَّه لا يُؤَثِّرُ فى حَجْبِ غيرِ الأُمِّ والزَّوْجَيْنِ ، فلم يُؤَثِّرْ فى حَجْبِهم ، كالمَيِّتِ ، والآيَةُ أُرِيدَ بها وَلَدٌ مِنْ أهْلِ الميراثِ ، بِدَليلِ أنَّه لمَّا قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . أرادَ به الوارِثَ ، ولم يَدْخُلْ هذا فيهم ، ولمَّا قالَ : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ ﴾[٣] . لم يَدْخُلْ هذا فيهم . وأمَّا الإخْوَةُ مع الأبِ ، فهم مِن أهْلِ الْميراثِ ، بدليلِ أنَّه لَوْلا الأبُ لَوَرِثُوا ، وإنَّما قُدِّم عليهم غيرُهم ، ومُنِعوا مع أهْلِيَّتِهم ؛ لأنَّ غيرَهم أوْلَى منهم ، فامْتِناعُ إرْثِهم لِمانِعٍ ، لا لانْتِفاءِ المُقْتَضِى .

فصل : فأمَّا مَنْ لم[٤] يَرِثْ لِحَجْبِ غيرِه له ، فإنَّه يَحْجُبُ ، وإنْ لم يَرِثْ ، كالْإِخْوَةِ يَحْجُبونَ الأُمَّ ، وهم مَحْجوبونَ بالأبِ ؛ لأنَّ عَدَمَ إرْثِهم لم يَكُنْ لِمَعْنًى فيهم ، ولا لانْتِفاءِ أهْلِيَّتِهم ، بل لِتَقْديمِ غيرِهم عليهم ، والمَعْنَى الذى حُجِبوا به فى حالِ إرْثِهم مَوْجودٌ ، مع حَجْبِهم عنِ الميراثِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . فعلى هذا ، إذا اجْتَمَعَ أبوانِ وأخوانِ أو أُخْتانِ ؛ فَلِلْأُمِّ السُّدُسُ ، والباقى لِلْأَبِ ، ويَحْجُبُ الأخوانِ الأُمَّ عنِ السُّدُسِ ، ولا يَرِثون شيئًا . ولو ماتَ رَجُلٌ ، وخَلَّفَ أباه وأُمَّ أبيه وأُمَّ أُمِّ أُمِّهِ ، لَحَجَبَ[٥] الأبُ أُمَّه عنِ الميراثِ ، وحَجَبَتْ أُمُّه أُمَّ أُمِّ الأُمِّ ، على قَوْلِ مَنْ يَحْجُبُ الجَدَّةَ بابْنِها ، والبُعْدَى مِنَ الجَدَّاتِ بِمَنْ هى أقْرَبُ منها ، ويكونُ المالُ جميعُه لِلأَبِ .

---

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) سورة النساء ١٧٦ .

(٤) فى م : « لا » .

(٥) فى ا : « يحجب » .

فصل : فى ميراث الحَمْلِ : إذا ماتَ الإنسانُ عن حَمْلٍ يَرِثُه ، وُقِفَ الأَمْرُ حتَّى يُتَبيَّنَ ، فإنْ طالبَ الوَرَثَةُ بالقَسْمِ[٦] ، لم يُعْطَوْا كُلَّ المالِ ، بغيرِ / خِلافٍ ، إلَّا ما حُكِىَ عنْ داودَ ، والصَّحيحُ عنه مِثْلُ قَوْلِ الْجَماعَةِ ، ولكنْ يُدْفَعُ إلى مَنْ لا يَنْقصُه الحملُ كَمالُ ميراثِه ، وإلى مَن يَنْقُصُه أقَلُّ ما يُصيبُه ، ولا يُدْفَعُ إلى مَنْ يُسْقِطُه شىءٌ ، فأمَّا مَن يُشارِكُهُ ، فأكْثَرُ أهْلِ العِلْمِ قالوا : يُوقَفُ لِلْحَمْلِ شىءٌ ، ويُدْفَعُ إلى شُرَكائِه الباقى . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأصْحابُه ، واللَّيْثُ ، وشَرِيكٌ ، ويحيى بنُ آدمَ . وهو روايةُ الرَّبيعِ عن الشَّافِعِىِّ . والمشهورُ عنه أنَّه لا يُدْفَعُ إلى شُرَكائِه شىءٌ ؛ لأنَّ الحملَ لا حَدَّ له ، ولا نَعْلَمُ كمْ يُتْرَكُ له . وقد حَكَى الماوَرْدِىُّ ، قال : أخْبَرنى رَجُلٌ مِنْ أهْلِ الْيَمنِ ، وَرَدَ طالِبًا لِلْعِلْمِ ، وكان مِنْ أهْلِ الدِّينِ والْفَضْلِ ، أنَّ امْرَأةً وَلَدَتْ باليمنِ شَيْئًا[٧] كالكِرْشِ ، فَظُنَّ أنْ لا وَلَدَ فيه ، فأُلْقِىَ على قارِعَةِ الطَّرِيقِ ، فَلمَّا طَلَعَتِ الشَّمْسُ وحَمِىَ بها ، تَحرَّكَ فأُخِذَ وشُقَّ ، فَخَرجَ منه سَبْعَةُ أوْلادٍ ذُكورٍ ، وعاشوا جَميعًا ، وكانوا خَلْقًا سَوِيًّا ، إلَّا أنَّه كان فى أعْضادِهم قِصَرٌ ، قال : وصارَعَنِى أحَدُهم فَصرَعَنِى ، فكنتُ أُعَيَّرُ به ، فيُقالُ : صَرَعَكَ سُبُعُ رَجُلٍ . وقد أخْبَرنى مَنْ أثِقُ به سَنَةَ ثمانٍ وسِتِّمائةٍ ، أو سَنَةَ تِسْعٍ ، عنْ ضَرِيرٍ بدِمَشْقَ أنَّه قال : وَلَدتْ امْرَأتى فى هذه الأيَّامِ سَبْعَةً فى بَطْنٍ واحِدٍ ، ذُكورًا وإناثًا . وكان بدِمَشْقَ أُمُّ وَلَدٍ لبعْضِ كُبَرائِها ، وتَزَوَّجَتْ بَعْدَه مَنْ كان يَقْرَأُ علىَّ ، وكانتْ تَلِدُ ثَلاثَةً فى كُلِّ بَطْنٍ . وقال غيرُه : هذا نادرٌ ، ولا يُعَوَّلُ عليه ، فلا يجوزُ مَنْعُ الميراثِ مِنْ أجْلِه ، كما لو لم يَظْهَرْ بِالْمَرْأةِ حَمْلٌ . واخْتَلفَ القائلون بالْوَقْفِ فيما يُوقَفُ ، فَرُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه يُوقَفُ نَصيبُ ذَكَرَيْنِ ، إنْ كان ميراثُهما أكْثَرَ ، أو ابْنَتَيْنِ إنْ كان نصيبُهما أكْثَرَ . وهذا قولُ محمدِ بنِ الحسَنِ ، واللُّؤْلُؤِىِّ . وقال شَرِيكٌ : يُوقَفُ نَصيبُ أرْبَعَةٍ ، فإنِّى رَأيْتُ بنى إسماعيلَ أربعةً ، وُلِدُوا فى بَطْنٍ واحِدٍ ، محمد ، وعمر ، وعلىّ . قال يحيى بنُ آدمَ : وأظُنُّ الرَّابعَ إسْماعيلَ . / وروَى ابنُ الْمُبارَكِ هذا القَوْلَ عن أبى حنيفةَ ، ورواه الرَّبيعُ عنِ

١٦٢/٦و

١٦٢/٦ظ

---

(٦) فى ا ، م : « بالقسمة » .

(٧) فى م زيادة : « كان » .

الشّافِعِىّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال اللّيْثُ ، وأبو يوسفَ : يُوقَفُ نَصيبُ غُلامٍ ، ويُؤْخَذُ ضَمينٌ من الوَرَثَةِ . ولَنا ؛ أنَّ وِلادَةَ التَّوْأَمَيْنِ كَثيرٌ مُعْتادٌ ، فلا يَجوزُ قَسْمُ نَصيبِهما ، كالْواحِدِ ، وما زادَ عليهما نادِرٌ ، فلم يُوقَفْ له شَىْءٌ كالخامِسِ ، والسَّادِسِ ، ومتى وَلَدَتِ المرْأةُ مَنْ يَرِثُ المَوْقُوفَ كُلَّه أخَذَه ، وإنْ بَقِىَ مِنه شَىْءٌ رُدَّ إلى أهْلِه ، وإنْ أعْوَزَ شَيْئًا رَجعَ على مَنْ هو فى يَدِه .

مسائل مِنْ ذلك : امْرأةٌ حامِلٌ وبِنْتٌ ، لِلْمَرْأةِ الثُّمُنُ ، ولِلْبِنْتِ خُمُسُ الباقى . وفى قَوْلِ شَرِيكٍ تُسْعُه . وفى قَوْلِ أبى يوسفَ ثُلُثُه بِضَمِينٍ . ولا يُدْفَعُ إليها شَىْءٌ فى المَشْهورِ عن الشّافِعِىّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وإنْ كان مَكانَ البِنْتِ ابْنٌ ، دُفِعَ إليه ثُلُثُ الباقى ، أو خُمُسُه ، أو نِصْفُه ، على اخْتِلافِ الأقْوالِ . ومتى زادَتِ الفُروضُ على ثُلُثِ المالِ ، فميراثُ الإناثِ أكْثَرُ ، فإذا خَلَّفَ أبَوَيْنِ ، وامْرأةً حامِلًا ، فلِلْمَرْأةِ ثَلاثَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ، ولِلأبَوَيْنِ ثمانِيةٌ منها ، ويُوقَفُ سِتَّةَ عَشَرَ ، ويَسْتَوِى ههُنا قولُ مَنْ وَقَفَ نَصيبَ [8]ابْنَتَيْنِ ، وقولُ مَن وَقَفَ نَصيبَ[8] أرْبَعَةٍ . وقال أبو يوسفَ : تُعْطَى المرأةُ ثُمُنًا كامِلًا ، والأبَوان ثُلُثًا كامِلًا ، ويُؤْخَذُ منهم ضَمينٌ . فإنْ كان معهم بنتٌ دُفِعَ إليها ثَلاثَةَ عَشَرَ من مائةٍ وعِشْرين . وفى قَوْلِ شَرِيكٍ ، ثَلاثَةَ عَشَرَ من مائتينِ وسِتَّةَ عَشَرَ . وفى قَوْلِ أبى يوسفَ ، ثَلاثَةَ عَشَرَ من اثنين وسَبْعينَ ، ويُؤْخَذُ مِنَ الكُلِّ ضُمَناءُ من البِنْتِ ؛ لاحْتِمالِ أنْ يُولَدَ أكْثَرُ مِنْ واحِدٍ ، ومِنَ الباقينَ لاحتمالِ أنْ تعولَ المسْألَةُ . وعلى قَوْلِنا يُوافَقُ بَيْنَ سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ومائةٍ وعِشْرِينَ بالأثْلاثِ ، وتَضْرِبُ ثُلُثَ إحْداهما فى جميعِ الأُخْرى ، تكُنْ ألْفًا وثمانين ، وتُعْطِى البِنْتَ ثَلاثَةَ عَشَرَ فى تِسْعَةٍ ، تكُنْ مائةً وسَبْعَةَ عَشَرَ ، ولِلأبَوَيْنِ والمَرْأةِ أحَدَ عَشَرَ فى أرْبعينَ ، وما يَبْقَى فهو مَوْقوفٌ . زَوْجٌ وأمٌّ حامِلٌ من

(٨-٨) سقط من : م .

الأبِ ، المسْألةُ من ثمانيَةٍ ، للزَّوْجِ ثَلاثَةٌ ، وللأُمِّ سَهْمٌ ، ويُوقَفُ[9] أرْبَعَةٌ . وقال أبو يوسفَ : هى مِنْ ثمانيةٍ ، يُدْفَعُ إلى الزَّوْجِ / ثَلاثَةٌ ، وإلى الأمِّ سَهْمانِ[10] ، وتَقِفُ ثلاثَةٌ ، وتُؤْخَذُ منها ضَمِينًا ، هكذا حَكَى الْخَبْرِىُّ عنه . فإنْ كان فى المسْألةِ مَنْ يَسْقُطُ بوَلَدِ الأبوَيْنِ ، كَعَصَبَةٍ ، أو أحَدٍ مِنْ وَلَدِ الأبِ ، لم يُعْطَ شَيْئًا . ولو كان فى هذه المسْألةِ جَدٌّ ، فللزَّوْجِ الثُّلُثُ ، ولِلأُمِّ السُّدُسُ ، ولِلْجَدِّ السُّدُسُ ، والباقى مَوْقوفٌ . وقال أبو حنيفَةَ : للزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ السُّدُسُ ، وللجَدِّ السُّدُسُ ، ويُوقَفُ[11] السُّدُسُ بينَ الجَدِّ والأُمِّ ، ولا شىءَ لِلْحَمْلِ ؛ لأنَّ الجَدَّ يُسْقِطُه . وأبو يوسفَ يَجْعَلُها مِنْ سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ، ويَقِفُ أربعةَ أسْهُمٍ . وحُكِىَ عَنْ شَرِيكٍ ، أنَّه كان يقولُ بقَوْلِ علىٍّ فى الجَدِّ ، فيَقِفُ هٰهُنا نَصِيبَ الإناثِ ، فيَكونُ عِنْدَه من تِسْعَةٍ ، وتَقِفُ[12] منها أرْبَعةً . ولو لم يَكُنْ فيها زَوْجٌ ، كان للأمِّ السُّدُسُ وللجَدِّ ثُلُثُ الباقى ، وتَقِفُ عَشَرَةً من ثمانِيةَ عَشَرَ . وعندَ أبى حنيفةَ للجَدِّ الثُّلُثانِ ، وللأُمِّ السُّدُسُ ، ويُوقَفُ السُّدُسُ بَيْنَهما . قولُ أبى يوسفَ ، يَقِفُ الثُّلُثَ ، ويُعْطَى كُلُّ واحِدٍ منهما ثُلُثًا ، ويُؤْخَذُ منهما ضَمِينٌ . ومتى خَلَّفَ وَرَثَةً ، وأُمًّا تَحْتَ الزَّوْجِ ، فيَنْبَغِى للزَّوْجِ الإمْساكُ عنْ وَطْئِها ، لِيَعْلَمَ أحامِلٌ هِىَ أمْ لا ؟ كذا رُوِىَ عن علىٍّ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادَةَ ، فى آخرِينَ . وإنْ وَطِئَها قبلَ اسْتِبْرائِها ، فأتَتْ بوَلَدٍ لِأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، وَرِثَ ، لأنَّا[13] نَعْلَمُ أنَّها كانتْ حامِلًا به ، وإنْ وَلَدَتْه لِأكْثَرَ مِن ذلك ، لم تَرِثْ ، إلَّا أنْ يُقِرَّ الوَرَثَةُ أنَّها كانتْ حامِلًا به يَوْمَ مَوْتِ وَلَدِها .

فصل : ولا يَرِثُ الْحَمْلُ إلَّا بِشَرْطَيْنِ ؛ أحدُهما ، أنْ يُعْلَمَ أنَّه كان مَوْجودًا حالَ

١٦٣/٦ و

---

(٩) فى ا : « ويقف » .

(١٠) فى الأصل ، ا : « سهمين » .

(١١) فى الأصل ، ا : « ويقف » .

(١٢) سقطت الواو من : ا .

(١٣) فى م زيادة : « لا » .

الموتِ ، ويُعْلَمُ ذلك بأنْ تأْتِيَ به لِأقلّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فإنْ أتتْ به لأكثرَ من ذلك نَظَرْنا ، فإنْ كان لها زَوْجٌ أو سَيِّدٌ يَطَؤُها لم يَرِثْ ، إلَّا أنْ يُقِرَّ[14] الوَرَثَةُ أنَّه كان مَوْجودًا حالَ المَوْتِ ، وإنْ كانتْ لا توطَأُ ، إمَّا لِعَدمِ الزَّوْجِ ، أو السَّيِّدِ ، وإمَّا لِغَيْبَتِهما[15] ، أو اجْتِنابِهما الوطءَ ، عَجْزًا أو قَصْدًا أو غَيْرَه ، وَرِثَ ما لم يُجاوِزْ أكْثَرَ مُدَّةِ الحَمْلِ ، وذلك أرْبَعُ سِنِينَ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن ، وفى الأُخْرَى سَنَتان . والثّانى ، / أنْ تَضَعَه حَيًّا ، فإنْ ١٦٣/٦ظ وَضَعَتْه مَيِّتًا لم يَرِثْ ، فى قولهم جميعًا ، واخْتُلِفَ فيما يَثْبُتُ به الميراثُ من الحياةِ ، واتَّفقُوا على أنَّه إذا اسْتَهلَّ صارِخًا وَرِثَ ، ووُرِثَ . وقد رَوَى أبو داودَ[16] بإسْنادِه ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النَّبىِّ ﷺ أنَّه قال : « إذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » . وروَى ابنُ ماجه[17] بإسْنادِه ، عن جابرٍ ، عنِ النَّبىِّ ﷺ مِثْلَه . واخْتَلَفوا فيما سِوَى الاسْتِهْلالِ ، فقالتْ طائِفَةٌ : لا يَرِثُ حتى يَسْتَهِلَّ ، ولا يَقومُ غَيْرُه مَقامَه ، ثمّ اخْتَلفوا فى الاسْتِهْلالِ ما هو ؟ فقالتْ طائِفَةٌ : لا يَرِثُ حتى يَسْتَهِلَّ صارِخًا . فالمشهورُ عن أحمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه لا يَرِثُ حتى يَسْتَهِلَّ . ورُوِى ذلك عن ابْنِ عَبَّاسٍ ، والحسَنِ بن علىٍّ ، وأبى هُريرةَ ، وجابرٍ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعَطاءٍ ، وشُرَيْحٍ ، والحسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، ورَبيعةَ ، ويحيى بن سَعِيدٍ ، وأبى سَلَمةَ بنِ عَبْدِ الرَّحْمنِ ، ومالِكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّ مَفهومَ قَوْلِ النَّبىِّ ، ﷺ : « إذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » . أنَّه لا يَرِثُ بغيرِ الاسْتِهْلالِ ، وفى لَفْظٍ ذَكَرَه ابنُ سُراقَةَ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال فى الصَّبِىِّ المَنْفُوسِ : « إذَا وَقَعَ صَارِخًا فَاسْتَهَلَّ ، وَرِثَ ، وتَمَّتْ دِيَتُهُ ، وَسُمِّىَ ، وصُلِّىَ عَلَيْهِ ، وَإنْ وَقَعَ حَيًّا وَلَمْ يَسْتَهِلَّ صَارِخًا ، لَمْ تَتِمَّ دِيَتُهُ ، وفِيهِ غُرَّةٌ ؛ عَبْدٌ ، أَوْ أَمَةٌ ، عَلَى

---

(١٤) فى م : « يقل » تحريف .

(١٥) فى م : « لمغيبهما » .

(١٦) فى : باب فى المولود يستهل ثم يموت ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٥ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث الحمل ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٥٧ .

(١٧) فى : باب ما جاء فى الصلاة على الطفل ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب إذا استهل المولود ورث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ١ / ٤٨٣ ، ٢ / ٩١٩ .

الْعَاقِلَةِ »[١٨] . ولأنَّ الاستِهْلالَ لا يَكونُ إلَّا مِن حَيٍّ ، والْحَرَكَةُ تكونُ من غيرِ حَيٍّ ، فإنَّ اللَّحْمَ يَخْتَلِجُ سِيَّما إذا خَرَجَ من مَكانٍ ضَيِّقٍ ، فَتَضامَّتْ أجْزاؤُه ، ثم خَرَجَ إلى مَكانٍ فَسيحٍ ، فإنَّه يَتَحَرَّكُ من غَيرِ حياةٍ فيه ، ثم إنْ كانتْ فيه حياةٌ ، فلا نَعْلَمُ كَوْنَها مُسْتقِرَّةً ؛ لِاحْتِمالِ أنْ تَكونَ كحرَكَةِ المذْبوحِ ، فإنَّ الحَيَواناتِ تَتَحَرَّكُ بعدَ الذَّبْحِ حَرَكَةً شديدةً ، وهي في حُكْمِ الميِّتِ ، واخْتُلِفَ في الاسْتِهلالِ ما هو ؟ فقيلَ : هو[١٩] الصُّراخُ خاصَّةً . وهذا قَوْلُ مَنْ ذَكَرْنا في هذه المسْألَةِ . ورواه أبو طالبٍ[٢٠] ، عن أحْمدَ ، فقال : لا يَرِثُ إلَّا مَنِ اسْتَهَلَّ صارِخًا . وإنَّما سُمِّيَ الصُّراخُ / من الصَّبِيِّ الاسْتِهْلالَ تَجوزًا ، والأصْلُ فيه أنَّ النَّاسَ إذا رَأَوْا الهِلالَ صاحُوا عند رُؤْيَتِه ، واجْتَمعُوا ، وأراه بَعْضُهم بَعْضًا ، فَسُمِّيَ الصَّوْتُ عند اسْتِهلالِ الهِلالِ اسْتهلالًا ، ثم سُمِّيَ الصَّوْتُ من الصَّبِيِّ المَوْلودِ اسْتِهْلالًا ؛ لأنَّه صَوْتٌ عندَ وُجودِ شيءٍ يُجْتَمَعُ له ، ويُفْرَحُ به . وروى يوسفُ بنُ موسى ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : يَرِثُ السِّقْطُ ويُورَثُ ، إذا اسْتَهَلَّ . فقيل له : ما اسْتِهْلالُه ؟ قال : إذا صاحَ أو عَطَسَ أو بَكَى . فعلى هذا كُلُّ صَوْتٍ يوجَدُ منه ، تُعْلَمُ به حياتُه ، فهو اسْتِهْلالٌ . وهذا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، والقاسِمِ بنِ محمدٍ ؛ لأنَّه صَوْتٌ عُلِمَتْ به حياتُه ، فأشْبَهَ الصُّراخَ . وعن أحمدَ روايةٌ ثالِثةٌ ، إذا عُلِمتْ حياتُه بِصَوْتٍ أو حَرَكَةٍ أو رَضاعٍ أو غَيرِه ، وَرِثَ ، وثَبَتَ له أحْكامُ المُسْتَهِلِّ ، لأنَّه حَيٌّ فَتَثْبُتُ له أحْكامُ الحياةِ ، كالْمُسْتَهِلِّ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والأوْزاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، وداودُ . وإنْ خَرَجَ بَعْضُه حَيًّا فاسْتَهَلَّ ، ثم انْفَصَلَ باقِيه مَيِّتًا ، لم يَرِثْ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وقال أبو حنيفةَ ، وأصحابُه : إذا خَرَجَ أكْثَرُه فاسْتَهلَّ ثمَّ ماتَ ، وَرِثَ ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : « إذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » . ولَنا ، أنَّه لم يَخْرُجْ جميعُه ، فأشْبَهَ ما لو ماتَ قبلَ خُروجِ أكْثَرِه .

٦/١٦٤و

(١٨) انظر إرواء الغليل ٦ / ١٤٧ .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) في م : « الخطاب » .

فصل : وإنْ وَلَدتْ تَوْأَمَيْنِ ، فاسْتهلَّ أَحَدُهما ، ولم يُعْلَمْ بِعَيْنِه ، فإنْ كانا ذَكَرَيْنِ ، أو أُنْثَيَيْنِ ، أو ذَكَرًا وأُنْثَى ، لا يَخْتَلِفُ ميراثُهما ، فلا فَرْقَ بينهما ، وإنْ كانا ذَكَرًا وأُنْثى يَخْتَلِفُ ميراثُهما ، فقال القاضي : مِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ : يُقْرَعُ بينهما ، فَمَنْ أَخْرَجَتْه القُرْعَةُ جُعِلَ الْمُسْتَهِلَّ ، كما لو طَلَّقَ إحْدى نِسائِه فلم تُعْلَمْ بِعَيْنِها ثمَّ ماتَ ، أُخْرِجَتْ بالْقُرْعَةِ . وقال الخَبْرِىُّ : ليس فى هذا عنِ السَّلَفِ نَصٌّ . وقال الفَرَضِيُّونَ : تُعْمَلُ المسْأَلَةُ على الحالَيْنِ ، ويُعْطَى كُلُّ وارِثٍ الْيَقِينَ ، ويُوقَفُ الباقى حتى يَصْطَلِحوا عليه . ويُحْتَمَلُ أنْ يُقَسَّمَ بينهم على حَسَبِ / الاحْتِمالِ . ١٦٤/٦ظ

ومن مَسائِلِ ذلك : رَجُلٌ خَلَّفَ أُمَّه وأخاه وأُمَّ وَلَدٍ حامِلًا منه ، فَوَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ ، ذَكَرًا وأُنْثى ، فاسْتَهَلَّ أَحَدُهما ، ولم يُعْلَمْ بعَيْنِه ، فقيل : إنْ كان الابْنُ المُسْتَهِلَّ ، فللأُمِّ السُّدُسُ ، والباقى له ، تَرِثُ أُمُّه ثُلُثَه ، والباقى لِعَمِّه ، فاضْرِبْ ثَلاثَةً فى سِتَّةٍ ، تَكُنْ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، لِأُمِّ المَيِّتِ ثَلاثَةٌ ، ولأُمِّ الوَلَدِ خَمْسَةٌ ، ولِلْعَمِّ عَشَرَةٌ . وإنْ كانتِ البِنْتُ المُسْتَهِلَّةَ ، فالمسْأَلَةُ من سِتَّةٍ ، فَتموتُ البِنْتُ عَنْ ثَلاثَةٍ ، لأُمِّها سَهْمٌ ، ولِعَمِّها سَهْمانِ ، والسِتَّةُ تَدْخُلُ فى ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، فَمَنْ له شىءٌ مِن الثَّمانِيَةَ عشَرَ مَضْروبٌ فى واحِدٍ ، ومَنْ له شىءٌ مِنَ السِّتَّةِ مَضروبٌ فى ثَلاثَةٍ ، فسُدُسُ الأُمِّ لا يَتَغَيَّرُ ، ولِلْعَمِّ مِنَ السِّتَّةِ أَرْبَعَةٌ فى ثَلاثَةٍ اثنا عَشَرَ ، وله مِنَ الثَّمانِيَةِ عَشَرَ عَشَرَةٌ فى واحِدٍ ، فهذا اليَقِينُ فيأْخُذُه ، ولأُمِّ الوَلَدِ خَمْسَةٌ فى سَهْمٍ ، وسَهْمٌ فى ثَلاثَةٍ ، فيأْخُذُها ، ويَقِفُ سَهْمَيْنِ بَيْنَ الأخِ وأُمِّ الوَلَدِ حتى يَصْطَلِحا عليها . ويَحْتَمِلُ أنْ يَقْتَسِما[21] بينهما . امرأةٌ حامِلٌ وعَمٌّ ، وَلَدَتِ الْمَرْأَةُ ابنًا وبِنْتًا ، واسْتَهَلَّ أحدُهما ، ولم يُعْلَمْ ، فالْمسأَلَتانِ مِن أَرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ ، إذا أَعْطَيْتَ كُلَّ واحِدٍ أَقَلَّ من[22] نَصِيبِه بَقِيَتْ ثَلاثَةٌ مَوْقوفَةٌ ، فإنْ كان معهما بِنْتٌ ، فكُلُّ واحدَةٍ من المسْأَلَتَيْنِ من اثْنَيْنِ وسَبْعِينَ ، والمْوقوفُ اثنا عَشَرَ . امْرَأَةٌ وعَمٌّ وأُمٌّ حامِلٌ مِن

---

(٢١) فى م : « يقتسماها » .

(٢٢) سقط من : ا .

الأبِ ، وَلَدَتْ ابْنًا وبِنْتًا ، فاسْتَهَلَّ أحَدُهما ، فإنْ كان المُسْتَهِلُّ الأخَ ، فهى من سِتَّةٍ وثلاثينَ ، وإنْ كانَتِ الأُخْتُ المُسْتَهِلَّةَ ، فهى من ثَلاثَةَ عَشَرَ ، فالمسْألَتانِ مُتبايِنَتانِ ، فاضْرِبْ إحْداهما فى الأُخرى ، تَكُنْ أربعمائةٍ وثمانيةً وسِتِّينَ ، وكُلُّ مَن له شىءٌ من إحْدى المسْألَتَيْنِ مَضْروبٌ فى الأُخْرَى ، فيَدْفَعُ [23]إلى كُلِّ[23] واحِدٍ أقَلَّ النَّصِيبَيْنِ ، يَبْقى أرْبَعَةَ عَشَرَ ، منها تِسْعَةٌ بَيْنَ الْمَرْأةِ والعَمِّ ، وخَمْسَةٌ بَيْنَ الأُمِّ والعَمِّ . فإنْ كانتِ المَرْأةُ والأُمُّ حامِلَيْنِ ، فوَضَعَتا مَعًا ، فاسْتَهَلَّ أحَدُهما ، فكُلُّ واحدةٍ منهما تَرْجِعُ إلى سِتَّةٍ وثلاثين ، فيُعْطَى كُلُّ وارِثٍ أقَلَّ النَّصِيبَيْنِ ، ويَبْقَى أحَدَ عَشَرَ ، منها أرْبَعةٌ مَوْقوفَةٌ / بَيْنَ الزَّوْجَةِ والأُمِّ ، وسَبْعَةٌ بينَ الأُمِّ والعَمِّ . ١٦٥/٦و

فصل : وإذا وَلَدَتِ الْحامِلُ تَوْأمَيْنِ ، فسُمِعَ الاسْتِهلالُ من أحَدِهما ، ثم سُمِعَ مَرَّةً أُخرى ، فلم يُدْرَ أهو مِن الأوَّلِ ، أو من الثّانى ، فيَحْتَمِلُ أنْ يَثْبُتَ الميراثُ لِمَنْ عُلِمَ اسْتِهْلالُه دونَ مَن شَكَكْنا فيه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ اسْتِهلالِه . فعلى هذا الاحْتِمالِ ، إنْ عُلِمَ المُسْتَهِلُّ بِعَيْنِه ، فهو الوارِثُ وَحْدَه ، وإنْ جُهِلَ عَيْنُه ، كان كما لو اسْتَهَلَّ واحِدٌ منهما لا بِعَيْنِه . وقال الفَرَضِيُّونَ : يُعْمَلُ على الأحْوالِ ، فيُعْطَى كُلُّ وارِثٍ الْيَقِينَ ، ويُوقَفُ الباقى .

ومن مسائِلِ ذلك : أُمٌّ حامِلٌ وأُخْتٌ لأبٍ وعَمٌّ ، وَلَدَتِ الأُمُّ بِنْتَيْنِ ، فاسْتَهلَّتْ إحداهُما، ثم سُمِعَ الاسْتِهلالُ مَرَّةً أُخرى ، فلم يُدْرَ هل اسْتَهلَّتِ الأُخْرى ، أو تَكَرَّرَ من واحِدَةٍ ؟ فقيل : إنْ كان منهما جميعًا ، فقد ماتَتا عن أرْبَعَةٍ من سِتَّةٍ ، ولا يُعْلَمُ أوَّلُهما مَوْتًا ، فَحُكْمُهما حُكْمُ الغَرْقَى ، فمن ذَهَبَ إلى أنَّه لا تُوَرَّثُ إحْداهما من الأُخْرَى ، قال : قد خَلَّفتا أُمًّا وأُخْتًا وعَمًّا ، فتَصِحُّ من ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، وإنْ كان الاسْتِهلالُ من واحِدَةٍ ، فقد ماتَتْ عن ثَلاثَةٍ من سِتَّةٍ ، فتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ ، وبَيْنَهما مُوافَقَةٌ

(٢٣-٢٣) فى م : « لكل » .

بالسُّدُسِ ، فتصيرُ سِتَّةً وثلاثينَ ، لِلأُمِّ اثنا عَشَرَ ، ولِلأُخْتِ كذلك ، ولِلْعَمِّ تِسْعَةٌ ، ويَقِفُ ثَلاثَةٌ ، تَدَّعِي الأُمُّ منها سَهْمَيْنِ ، والعَمُّ سَهْمًا ، وتَدَّعيها الأُخْتُ كُلَّها ، فيكونُ سَهْمانِ بينها وبينَ الأُمِّ ، وسَهْمٌ بينها وبين العَمِّ . زَوْجٌ وَجَدٌّ وأُمٌّ حامِلٌ ، ولدتْ ابنًا ، وبِنْتًا ، فاسْتَهلَّ أحدُهما ، ثمَّ سُمِعَ الاسْتِهلالُ مَرَّةً أُخرى ، فلم يُدْرَ مِمَّنْ هو ؟ فإنْ كان الاسْتِهلالُ تَكَرَّرَ من البِنْتِ ، فهى الأَكْدَرِيَّةُ ، وماتَتْ عن أرْبَعَةٍ ، بينَ أُمِّها وَجَدِّها ، فَتَصِحُّ من أحَدٍ وثمانينَ ، وإنْ تَكَرَّرَ من الأخِ لم يَرِثْ شَيْئًا ، والمسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ ، لِلْجَدِّ منها سَهْمٌ ، وإنْ كان منهما ، فللأُمِّ السُّدُسُ ، ولِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، ولِلْجَدِّ السُّدُسُ ، ولهما السُّدُسُ على ثلاثَةٍ ، فَتَصِحُّ من ثمانِيَةَ عَشَرَ ، والثَّلاثَةُ التى لهما بينَ الجَدِّ والأُمِّ على ثلاثَةٍ ، فصارَ للأُمِّ أرْبَعَةٌ ، ولِلْجَدِّ خَمْسَةٌ وثَمانِيةَ عَشَرَ ، تُوافِقُ أحدًا وثمانين بالأَتْساعِ ، / فتصيرُ مِائَةً واثْنَيْنِ وسِتِّينَ ، لِلزَّوْجِ حَقُّه مِنَ الأَكْدَرِيَّةِ أرْبَعَةٌ وخَمْسون ، ولِلأُمِّ تُسْعا المالِ من مَسْأَلَةِ اسْتِهْلالِهما مَعًا ، سِتَّةٌ وثلاثون ، ولِلْجَدِّ السُّدُسُ من مَسْأَلَةِ اسْتِهلالِ الأخِ وَحْدَه ، سَبْعَةٌ وعِشْرون ، يَبْقى خَمْسَةٌ وأرْبعون ، يَدَّعى الزَّوْجُ منها سبعةً وعِشْرين ، والأُمُّ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، ويَدَّعى منها الجَدُّ سَبْعَةً وثلاثين ، وتَعولُ الثَّمانِيَةُ الفاضِلَةُ لِلأُمِّ ، فيَحْتَمِلُ أنْ تُدْفَعَ إليها ؛ لأنَّ الزَّوْجَ والجَدَّ يُقِرَّانِ لها بها .

٦/١٦٥ظ

فصل : وإذا ضُرِبَ بَطْنُ حامِلٍ فأسْقطَتْ ، فعلى الضَّارِبِ غُرَّةٌ مَوْروثَةٌ عنِ الْجَنِينِ ، كأنَّه سَقطَ حَيًّا . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعىُّ ، وسائِرُ الفُقَهاءِ ، إلَّا شَيْئًا يُحْكَى عنْ رَبِيعَةَ ، واللَّيْثِ ، وهو شُذوذٌ لا يُعَرَّجُ عليه . فإنْ قيل : فكيف تُوَرِّثونَ منه ، وهو لا يَرِثُ ؟ قُلْنا : نُوَرِّثُ منه ؛ لأنَّ الواجِبَ بَدَلٌ عنه ، فَوَرِثَتْه وَرَثَتُه ، كدِيَةِ غَيْرِ الْجَنِينِ ، وأمَّا تَوْرِيثُه فمِنْ شُروطِه كَوْنُه حَيًّا حين مَوْتِ مَوْروثِه ، ولا يَتَحقَّقُ ذلك ، فلا نُوَرِّثُه مع الشَّكِّ فى حياتِه .

فصل : ودِيَةُ المَقْتولِ مَوْروثَةٌ عنه ، كسائِرِ أمْوالِه ، إلَّا أنَّه اخْتُلِفَ فيها[٢٤] عن

---

(٢٤) فى م : « فيه » .

عليٌّ ، فرُوِى عنه مِثْلُ قَوْلِ الجماعَةِ ، وعنه لا يرِثُها إلّا عَصَبَاتُه الذين يَعْقِلُون عنه . وكان عمرُ يَذْهَبُ إلى هذا ، ثمَّ رَجَعَ عنه ، لَمَّا بَلَغَه عن النَّبِيِّ ﷺ ، تَوْرِيثُ الْمَرْأَةِ مِن دِيَةِ زَوْجِها . قال سعيدٌ[25] ، حدَّثنا سُفيانُ ، حدَّثنا الزُّهْرِيُّ ، سَمِعَ سَعِيدَ بنَ المُسَيَّبِ ، يقول : كان عمرُ بنُ الخطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، يقول : الدِّيَةُ لِلْعاقِلَةِ ، ولا تَرِثُ الْمَرْأَةُ من دِيَةِ زَوْجِها شَيْئًا . فقال له الضَّحاكُ الكِلابِىُّ : كَتَبَ إلَىَّ رسولُ اللهِ ﷺ ، أَنْ أُوَرِّثَ امْرَأَةَ أَشْيَمَ الضِّبَابِيِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا أَشْيَمَ . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ . وروى الإمامُ أحمدُ[26] بإسْنادِه ، عن عمرو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أنَّ العَقْلَ مِيراثٌ بَيْنَ وَرَثَةِ الْقَتيلِ عَلَى فَرَائِضِهِم . وبإسْنادِه[27] عن ابنِ عَبَّاسٍ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ / قال : « الْمَرْأَةُ تَرِثُ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا وَعَقْلِهِ ، وَيَرِثُ هُوَ مِنْ مَالِهَا وَعَقْلِهَا ، مَا لَمْ يَقْتُلْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ » . إلَّا أنَّ فى إسْنادِه رَجُلًا مَجْهولًا . وقال إبراهيمُ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الدِّيَةُ عَلَى الْمِيرَاثِ ، وَالْعَقْلُ عَلَى الْعَصَبَةِ »[28] . وقال أبو ثَوْرٍ : هى على الميراثِ ، ولا تُقْضَى منها دُيونُه ، ولا تُنَفَّذُ مِنْها وَصاياهُ . وعن أحمدَ نَحْوٌ من هذا . وقد ذَكَرَ الخِرَقِىُّ فى مَن أَوْصَى بِثُلُثِ مالِه لِرَجُلٍ ، فقُتِلَ ، وأُخِذَتْ دِيَتُه ، فللمُوصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، فى إحدى الروايتين . والأُخرى ، ليس لِمَنْ أَوْصَى له بالثُّلُثِ مِن الدِّيَةِ شىءٌ ، ومَبْنَى هذا على أنَّ الدِّيَةَ على[29] مِلْكِ المَيِّتِ ، أو على مِلْكِ الوَرَثَةِ ابتداءً ؟ وفيه روايتان ؛ إحداهُما ، أنَّها تحْدُث على

166/6و

---

(25) فى : باب ميراث المرأة من دية زوجها . سنن سعيد بن منصور 1 / 98 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المرأة ترث من دية زوجها ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود 2 / 117 . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث المرأة من دية زوجها ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى 8 / 260 . وابن ماجه ، فى : باب الميراث من الدية ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه 2 / 883 .

(26) فى : المسند 2 / 224 .

(27) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ميراث القاتل ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه 2 / 914 . والدارقطنى ، فى : كتاب الفرائض . سنن الدارقطنى 4 / 75 ، 76 . كلاهما عن عبد الله بن عمرو .

(28) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب ميراث المرأة من دية زوجها . السنن 1 / 99 .

(29) سقط من : م .

مِلْكِ المَيّتِ ؛ لأنَّها بَدَلُ نَفْسِه ، فيكونُ بَدَلُها له ، كدِيَةِ أطْرافِه المَقْطوعَةِ منه فى الحياةِ ، ولأنَّه لو أسْقَطَها عن القاتِلِ بعدَ جَرْحِه إيّاه ، كان صحيحًا ، وليس له إسْقاطُ حَقِّ الوَرَثَةِ ، ولأنَّها مالٌ مَوْروثٌ ، فأشْبَهَتْ سائِرَ أمْوالِه . والأُخْرَى ، أنَّها تحْدُثُ على مِلْكِ الوَرَثَةِ ابتداءً ؛ لأنَّها إنَّما تُسْتَحَقُّ بَعْدَ المَوْتِ ، وبالْمَوْتِ تَزولُ أمْلاكُ المَيّتِ الثّابِتَةُ له ، ويَخْرُجُ عن أنْ يكونَ أهْلًا لِلْمِلْكِ ، وإنما يَثْبُتُ المِلْكُ لِوَرَثَتِه ابتداءً . ولا أعْلَمُ خِلافًا فى أنَّ المَيّتَ يُجَهَّزُ منها ، إنْ كان قَبْلَ تَجْهيزِه ؛ لأنَّه لو لم يَكُنْ له شَىْءٌ ، لَوَجَبَ تَجْهيزُه على من عليه نَفَقَتُه لو كان فقيرًا ، فأوْلَى أنْ يَجِبَ ذلك فى دِيَتِه .

فصل : فى ميراثِ المَفْقودِ ، وهو نَوْعانِ ؛ أحدُهما ، الغالِبُ مِنْ حالِه الهلاكُ ، وهو مَنْ يُفْقَدُ فى مَهْلَكَةٍ ، كالَّذى يُفْقَدُ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ ، وقد هَلَكَ جماعَةٌ ، أو فى مَرْكَبٍ انْكَسَرَ ، فغَرِقَ بَعْضُ أهْلِه ، أو فى مَفازَةٍ يَهْلَكُ فيها النّاسُ ، أو يُفْقَدُ من بَيْنِ أهْلِه ، أو يَخْرُجُ لِصَلاةِ العِشاءِ أو غَيْرِها من الصَّلَواتِ ، أو لحاجَةٍ قريبَةٍ ، فلا يَرْجِعُ ، ولا يُعْلَمُ خَبَرُه ، فهذا يُنْتَظَرُ به أرْبَعَ سنين ، فإنْ لم يَظْهَرْ له خَبَرٌ ، قُسِّمَ مالُه ، واعْتَدَّتْ امْرأتُه عِدَّةَ الوَفاةِ ، وحَلَّتْ لِلْأزْواجِ ، نَصَّ عليه الإمامُ أحمدُ . وهذا اخْتيارُ أبى بكرٍ . وذَكَرَ القاضى أنَّه لا / يُقَسَّمُ مالُه ، حتى تَمْضِىَ عِدَّةُ الوَفاةِ بَعْدَ الأرْبَعِ سنين ؛ لأنَّه الوَقْتُ الذى يُباحُ لامْرأتِه التَّزَوُّجُ[٣٠] فيه . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ العِدَّةَ إنَّما تكونُ بَعْدَ الْوَفاةِ ، فإذا حُكِمَ بِوفَاتِه فلا وَجْهَ لِلْوُقوفِ عَنْ قَسْمِ مالِه . وَإنْ ماتَ للمَفْقودِ مَنْ يَرِثُه قَبْلَ الحُكْمِ بِوفاتِه ، وُقِفَ لِلْمَفْقودِ نَصيبُه من مِيراثِه ، وما يُشَكُّ فى مُسْتَحِقِّه ، وقُسِمَ باقِيه ؛ فإن بانَ حَيًّا ، أخَذَه ، ورُدَّ الفَضْلُ إلى أهْلِه ، وإنْ عُلِمَ أنَّه ماتَ بَعْدَ مَوْتِ مَوْروثِه ، دُفِعَ نصيبُه مع مالِهِ إلى وَرَثَتِه ، وإن عُلِمَ أنَّه كان مَيِّتًا حينَ مَوْتِ مَوْروثِه ، رُدَّ المَوْقوفُ إلى وَرَثَةِ الأوَّلِ ، وإنْ مَضَتِ المُدَّةُ ، ولم يُعْلَمْ خَبَرُه ، رُدَّ أيضًا إلى وَرَثَةِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه مشكوكٌ فى حَياتِه حينَ مَوْتِ مَوْروثِه ، فلا نُوَرِّثُه مع الشَّكِّ ، كالْجَنينِ

١٦٦/٦ ظ

---

(٣٠) فى ا : « التزويج » .

الذى سقطَ[٣١] مَيِّتًا ، وكذلك إنْ عَلِمنا أنَّه ماتَ ، ولم يُدْرَ متى ماتَ . ولم يُفرِّقْ سائرُ أَهْلِ العِلْمِ بينَ هذه الصُّورَةِ وبينَ سائرِ صُوَرِ الفِقْدانِ فيما عَلِمنا ، إلَّا أنَّ مالِكًا ، والشَّافِعِيَّ ، فى القَدِيمِ ، وافَقا فى الزَّوْجَةِ أنَّها تَتزَوَّجُ خاصَّةً . والأظْهَرُ من مَذْهَبِه مِثْلُ قَوْلِ الباقِينَ ، فأمَّا مالُه فاتَّفَقوا على أنَّه لا يُقَسَّمُ حتى تَمْضِىَ مُدَّةٌ لا يَعيشُ فى مِثْلِها ، على ما سَنَذْكُره فى الصُّورَةِ الأُخْرى ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى ؛ لأنَّه مَفْقودٌ لا يَتحقَّقُ مَوْتُه ، فأشْبَهَ التَّاجِرَ والسَّائِحَ . ولَنا ، اتِّفاقُ الصَّحابَةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، على تَزْويجِ امْرأتِه على ما ذَكَرْناه فى العِدَدِ ، وإذا ثَبَتَ ذلك فى النِّكاحِ مع الاحْتِياطِ لِلأَبْضاعِ ، ففى المالِ أَوْلَى ، ولأنَّ الظَّاهِرَ هَلاكُه ، فأشْبَهَ ما لو مَضَتْ مُدَّةٌ لا يَعيشُ فى مِثْلِها . النَّوْعُ الثَّانى ، مَن ليس الغالِبُ هَلاكَه ، كالْمُسافِرِ لِتِجارَةٍ ، أو طَلَبِ عِلْمٍ ، أو سِياحَةٍ ، ونحوِ ذلك ، ولم يُعْلَمْ خَبَرُه ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يُقَسَّمُ مالُه ، ولا تَتزَوَّجُ امْرأتُه ، حتى يُتَيَقَّنَ مَوْتُه ، أو يَمْضِىَ عليه مُدَّةٌ لا يَعيشُ فى مِثْلِها ، وذلك مَرْدودٌ إلى اجْتِهادِ الحاكِمِ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ[٣٢] ، / ومحمدِ بنِ الحَسَنِ ، وهو المَشْهورُ عن مالِكٍ ، وأبى حنيفةَ ، وأبى يوسفَ ؛ لأنَّ الأصْلَ حياتُه ، والتَّقْديرُ لا يُصارُ إليه إلَّا بِتَوْقِيفٍ ، ولا تَوْقِيفَ هٰهُنا ، فوَجَبَ التَّوَقُّفُ عنه . والروايةُ الثَّانيةُ ، أنَّه يُنْتَظَرُ به تَمامُ تِسْعِينَ سَنَةً مع سَنَةِ يومَ فُقِدَ . وهذا قَوْلُ عبدِ المَلِكِ بنِ الماجِشُون ؛ لأنَّ الغالِبَ أنَّه لا يَعيشُ أكْثَرَ من هذا . وقال عبدُ اللهِ ابنُ عبدِ الحَكَمِ : يُنْتَظَرُ به إلى تَمامِ سَبْعينَ سَنَةً مع سَنَةِ يومَ فُقِدَ . ولَعَلَّه يَحْتَجُّ بقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « أَعْمَارُ أُمَّتِى مَا بَيْنَ السَّبْعينَ والسِّتِّينَ »[٣٣] . أو كما قال ؛ ولأنَّ الغالِبَ أنَّه لا يَعيشُ أكْثَرَ من هذا ، فأشْبَهَ التِّسْعينَ . وقال الحَسَنُ بْنُ زِيادٍ : يُنْتَظَرُ به تَمامُ مائةٍ وعِشْرِينَ سَنَةً . قال : ولو فُقِدَ وهو ابنُ سِتِّينَ سَنَةً ، وله مالٌ ، لم يُقَسَّمْ مالُه حتى يَمْضِىَ

١٦٧/٦و

---

(٣١) فى م : « يسقط » .

(٣٢) فى الأصل : « للشافعى » .

(٣٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى فناء أعمار هذه الأمة ... ، من أبواب الزهد ، وفى : باب فى دعاء النبى ﷺ ، من أبواب الدعوات . عارضة الأحوذى ٩ / ٢٠٣ ، ١٣ / ٦٥ . وابن ماجه ، فى : باب الأمل والأجل ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٤١٥ .

عليه سِتُّون سَنَةً أُخرى ، فيكونُ له مع سِنِّه يومَ فُقِدَ مائةٌ وعِشْرون سَنَةً ، فيُقَسَّمُ مالُه حينئذٍ بَيْنَ وَرَثَتِه إنْ كانوا أَحْياءَ ، وإنْ ماتَ بعضُ وَرَثَتِه قبلَ مُضِىِّ مائةٍ وعِشْرِينَ ، وخَلَّفَ وَرَثَةً لم يكُنْ لهم شئٌ من مالِ المفقودِ ، وكان مالُه لِلأَحْياءِ من وَرَثَتِه ، ويوقَفُ لِلْمَفقودِ حِصَّتُه من مالِ مَوْروثِه الذى ماتَ فى مُدَّةِ الانْتِظارِ ، فإنْ مَضَتِ المُدَّةُ ولم يُعْلَمْ خَبَرُ الْمَفقودِ ، رُدَّ الْمَوْقوفُ إلى وَرَثَةِ مَوْروثِ الْمَفْقودِ ، ولم يَكُنْ لِوَرَثَةِ الْمَفْقودِ . قال اللُّؤْلُؤِىُّ : وهذا قَوْلُ أبى يوسفَ . وحَكَى الْخَبْرِىُّ عن اللُّؤْلُؤِىِّ أنَّه قالَ : (٣٤) إنَّ المَوْقوفَ لِلْمَفقـودِ ، وإنْ لم يُعْلَمْ خَبَرُه يَكونُ لِوَرَثَتِه . قال(٣٤) : وهو الصَّحيحُ عِنْدى ، والذى ذَكَرْناه هو الذى حكاه ابْنُ اللَّبَّانِ عن اللُّؤْلُؤِىِّ ، فقال : لو ماتَتِ امْرَأةُ الْمَفقودِ قَبْلَ تمامِ مائةٍ وعِشْرين سَنَةً بِيَوْمٍ ، أو بعدَ فَقْدِه بِيَوْمٍ ، تَمَّتْ(٣٥) مائةٌ وعِشْرونَ سَنَةً ، لم تُوَرَّثْ منه شَيْئًا ، ولم نُوَرِّثْه منها ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ أيُّهما ماتَ أوَّلًا . وهذا قياسُ قَوْلِ مَنْ قالَ فى الْغَرْقَى : إنَّه لا يُوَرَّثُ أحَدُهم من صاحِبِه ، ويَرِثُ كُلَّ واحِدٍ(٣٦) الأحْياءُ مِنْ وَرَثَتِه .

١٦٧/٦ظ قال القَاضِى : هذا قِياسُ قَوْلِ أحمدَ . واتَّفَقَ الْفُقهاءُ على أنَّه لا يَرِثُ الْمفقودَ إلَّا الأَحْياءُ / مِنْ وَرَثَتِه يَوْمَ قَسْمِ مالِه ، لا مَنْ ماتَ قبلَ ذلك ، ولو بِيَوْمٍ . واخْتَلَفوا فى مَن ماتَ وفى وَرَثَتِه مَفْقودٌ ، فمذْهَبُ أحمدَ وأكْثَرِ الفُقَهاءِ ، على أنَّه يُعْطَى كُلُّ وارِثٍ(٣٧) من وَرَثَتِه الْيَقينَ ، ويُوقَفُ الباقى حتى يَتَبَيَّنَ أمْرُه ، أو تَمْضِىَ مُدَّةُ الانْتِظارِ ، فتَعْمَلُ المسْأَلَةَ على أنَّه حَىٌّ ، ثم على أنَّه مَيِّتٌ ، وتَضْرِبُ إحْداهُما فى الأُخْرى إنْ تَبايَنَتا ، أو فى وَفْقِهما إنِ اتَّفَقَتا ، وتَجْتَزِئُ بإحْداهُما إنْ تَماثَلَتا ، أو بأكْثَرِهما إن تَناسَبَتا ، وتُعْطِى كُلَّ واحِدٍ أقَلَّ النَّصِيبَيْنِ ، ومَنْ لا يَرِثُ إلَّا مِنْ أحَدِهما لا تُعْطِيه شَيْئًا ، وتَقِفُ الباقىَ . ولهم أنْ يَصْطَلِحوا على ما زادَ على نَصيبِ الْمَفقودِ ، واخْتارَه ابْنُ اللَّبَّانِ ؛ لأنَّه لا يَخْرُجُ عنهم . وأنْكَرَ ذلك الوَنِّىُّ(٣٨) ، وقالَ : لا فائِدَةَ فى أنْ يَنْقُصَ بَعْضُ الوَرَثَةِ عَمَّا يَسْتَحِقُّه فى مَسْأَلَةِ الحياةِ ،

(٣٤ – ٣٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٥) فى م : « وتمت » .

(٣٦) فى الأصل ، ا ، ب زيادة : « من » .

(٣٧) سقط من : ا .

(٣٨) الحسين بن محمد الونى الفرضي الشافعى ، كان متقدما فى علم الفرائض ، له فيه تصانيف جيدة . قتل ببغداد ، فى فتنة البساسيرى ، سنة خمسين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤ / ٣٧٤ .

وهى مُتيَقَّنَةٌ[٣٩] ، ثمَّ يُقالُ له : لكَ أنْ تُصالِحَ على بَعْضِه . بل إنْ جازَ ذلك ، فالأوْلى أنْ نُقسِّمَ المسْألَةَ على تَقْديرِ الْحياةِ ، ونَقِفَ نَصيبَ الْمَفْقودِ لا غيْرُ . والأوَّلُ أصَحُّ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى ، فإنَّ الزَّائِدَ عن[٤٠] نَصيبِ المَفْقودِ من المَوْقوفِ مَشْكوكٌ فى مُستَحِقِّه ، ويَقِينُ الْحَياةِ مُعارَضٌ بِظُهورِ الْمَوْتِ ، فيَنْبَغى أنْ يُورَّثَ[٤١] كالزَّائِدِ عن الْيَقينِ فى مَسائِلِ الْحَمْلِ والاسْتِهْلالِ ، ويَجوزُ لِلْوَرَثَةِ الْمَوْجودينَ الصُّلْحُ عليه ؛ لأنَّه حَقُّهُم ، لا يَخْرُجُ عنهم ، وإباحَةُ الصُّلْحِ عليه لا تَمْنَعُ وُجوبَ وَقْفِه ، كما تَقَدَّمَ فى نَظائِرِه ، ووُجوبُ وَقْفِه لا يَمْنَعُ الصُّلْحَ عليه لذلك ، ولأنَّ تَجْويزَ أخْذِ الإنْسانِ حَقَّ غَيْرِه بِرِضَاه وَصُلْحِه ، لا يَلْزَمُ منه جَوازُ أخْذِه بِغَيْرِ إذْنِه . وظاهِرُ قَوْلِ الوَنِّيِّ هذا أنْ تُقَسَّمَ المسْألَةُ على أنَّه حَىٌّ ، ويَقِفَ نَصيبَه لا غَيْرُ . وقال بَعْضُ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ : يُقَسَّمُ المالُ على الْمَوْجودينَ ؛ لأنَّهم مُتَحقِّقونَ ، والمَفْقودُ مَشْكوكٌ فيه ، فلا يُورَّثُ مع الشَّكِّ . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : القَوْلُ قَوْلُ مَنِ الْمالُ فى يَدِه ، فلو ماتَ رَجُلٌ ، وخَلَّفَ ابْنَتَيْه ، وابْنَ ابْنٍ ، أبوه مَفْقُودٌ ، والْمالُ فى يَدِ الابْنَتَيْنِ ، فاخْتَصَموا إلى القاضِى ، فإنَّه لا يَنْبَغى للقاضِى أنْ يُحَوِّلَ الْمالَ عن مَوْضِعِه ، ولا يَقِفَ / منه شيْئًا ، سواءٌ اعْتَرفَتِ الابْنتانِ بِفَقْدِه ، أو ادَّعَتا مَوْتَه . وإنْ كانَ المالُ فى يَدِ ابنِ الْمَفْقودِ ، لم يُعْطَ الابْنَتانِ إلَّا النِّصْفَ ، أقلَّ ما يكونُ لهما ، وإنْ كانَ المالُ فى يَدِ أجْنَبِىٍّ ، فأقَرَّ بأنَّ الابْنَ مَفْقودٌ ، وُقِفَ له النِّصْفُ فى يَدَيْه ، وإنْ قالَ الأجْنَبِىُّ : قد ماتَ الْمَفْقودُ ، لَزِمَه دَفْعَ الثُّلُثَيْنِ إلى البِنْتَيْنِ ، ويُوقَفُ الثُّلُثُ ، إلَّا أنْ يُقِرَّ ابْنُ الابْنِ بِمَوْتِ أبيه ، فيُدْفَعَ إليه الباقى . والْجُمْهورُ على الْقَوْلِ الأوَّلِ .

١٦٨/٦ و

ومن مَسائِلِ ذلك : زَوْجٌ وأُمٌّ وأُخْتٌ وَجَدٌّ وأخٌ مَفْقودٌ ، مَسْألَةُ الْمَوْتِ ، من سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ؛ لأنَّها مَسْألَةُ الأَكْدَرِيَّةِ ، ومَسْألَةُ الْحَياةِ من ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، وهما يَتَّفِقانِ بالأتْساعِ ، فتَضْرِبُ تُسْعَ إحْداهما فى الأُخْرى ، تَكُنْ أرْبَعَةً وخَمْسينَ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ من مَسْألَةِ الْحَياةِ ، والثُّلُثُ من مَسْألَةِ الْمَوْتِ ، فيُعْطَى الثُّلُثَ ، ولِلأُمِّ التُّسْعانِ من

---

(٣٩) فى م : « منتفية » .

(٤٠) فى ا : « على » .

(٤١) فى م : « يوقف » .

مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ ، والسُّدُسُ من مَسْأَلَةِ الْحَياةِ ، فَتُعطَى السُّدُسَ ، ولِلْجَدِّ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا من مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ ، وتِسْعَةٌ من مَسْأَلَةِ الْحياةِ ، فَيَأْخُذُ التِّسْعَةَ ، ولِلْأُخْتِ ثمانيةٌ من مَسْأَلَةِ الْمَوْتِ ، وثلاثةٌ من مَسْأَلَةِ الْحياةِ ، فَتَأْخُذُ ثلاثةً ، ويَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ مَوْقوفةً ، إنْ بانَ أَنَّ الأَخَ حَيٌّ أَخَذَ سِتَّةً ، وأَخَذَ الزَّوْجُ تِسْعَةً ، وإنْ بان مَيِّتًا ، أو مَضَتِ المُدَّةُ قَبْلَ قُدومِه ، أَخَذَتِ الأُمُّ ثلاثةً ، والأُخْتُ خَمْسَةً ، والجَدُّ سَبْعَةً . واخْتارَ الخَبْرِيُّ أَنَّ المُدَّةَ إذا مَضَتْ ، ولم يَتَبيَّنْ أَمْرُه ، أنْ[42] يُقَسَّمَ نصيبُه مِن الْمَوْقوفِ على وَرَثَتِه ؛ لأنَّـه[43] كان مَحْكومًا بِحَياتِه ، لأنَّها الْيَقينُ ، وإنَّما حَكَمْنا بِمَوْتِه بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ . ولَنا ، أنَّه مالٌ مَوْقُوف لِمَنْ يُنْتَظَرُ مِمَّنْ لا يُعْلَمُ حالُه ، فإذا لم تُتَبيَّنْ حياتُه ، لم يكُنْ لورثتِه ، كالموقوفِ للحَمْلِ ، وللورثةِ أن يصْطلِحُوا على التِّسعةِ قبلَ مُضِيِّ المُدَّةِ . زوجٌ وأبَوان وابْنَتانِ مَفْقودَتان ، مسألةُ حياتِهما من خمسةَ عشرَ ، وفى حَياةِ إحْداهما من ثلاثةَ عشرَ ، وفى مَوْتِهما من سِتَّةٍ ، فتَضْرِبُ ثُلُثَ السِّتَّةِ فى خمسةَ عشرَ ، ثم فى ثلاثةَ عشرَ ، تكُنْ ثلاثَمائة وتِسْعينَ ، ثم تُعْطِى الزَّوجَ والأبوَيْنِ حُقوقَهم من مَسْأَلةِ[44] الحياة مضروبًا فى اثْنَيْنِ ، ثم فى ثلاثةَ عشرَ ، وتَقِفُ الباقِىَ . وإن كان فى المسألةِ ثلاثةٌ / مَفْقُودُون ، عَمِلْتَ لهم أرْبعَ مَسائل . وإن كانوا أربعةً عَمِلْتَ لهم خَمْسَ مَسائل . وعلى هذا . وإن كان المفقودُ يَحْجُبُ ولا يَرِثُ ، كزوجٍ وأُخْتٍ من أبوَيْن وأختٍ من أبٍ وأخٍ لها مَفْقودٍ ، وَقَفْتَ السُّبعَ بينهما وبين الزَّوْجِ والأُخْتِ من الأبوَيْنِ . وقيل : لا يُوقَفُ هٰهُنا شىءٌ ، وتُعْطَى الأختُ من الأبِ السُّبعَ ؛ لأنَّها لا تُحْجَبُ بالشَّكِّ ، كما لا تُوَرَّثُ[45] بالشَّكِّ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ دَفْعَ السُّبعِ إليها توْريثٌ بالشك ، وليس فى الوَقْفِ حَجْبٌ يقينًا ، إنَّما هو تَوَقُّفٌ عن صَرْفِ المالِ إلى إحْدَى الجِهَتينِ المَشْكُوكِ فيها . ويعارِضُ قولَ هذا القائلِ قولُ مَنْ قال :

٦/١٦٨ظ

(٤٢) فى الأصل : « أنه » .

(٤٣) فى م : « فإنه » .

(٤٤) فى ا ، م : « المسألة » .

(٤٥) فى م : « ترث » .

إنَّ اليقينَ حياتُه ، فيُعْمَلُ على أنه حَىٌّ ، ويُدْفَعُ المالُ إلى الزوجِ والأُختِ من الأبوينِ . والتَّوسُّطُ بما ذَكَرْناه أَوْلَى . واللهُ أعلمُ .

فصل : والأسيرُ كالمفقودِ ، إذا انْقَطع خبرُه . وإن عُلِمَتْ حياتُه ، وَرِثَ ، فى قولِ الجُمهورِ . وحُكِىَ عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ أنَّه لا يَرِثُ ؛ لأنَّه عَبْدٌ ، وحُكِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، وقَتادةَ . والصحيحُ الأوَّلُ . والكُفَّارُ لا يَمْلِكُون الأحْرارَ . واللهُ أعلمُ .

فصل : فى التَّزويجِ فى المرضِ والصِّحَّةِ . حُكْمُ النِّكاحِ فى المرضِ والصِّحَّةِ سواءٌ فى صِحَّةِ العَقْدِ ، وتَوْريثِ كلِّ واحدٍ منهما من صاحبِه ، فى قَوْلِ الجُمهورِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . وقال مالكٌ : أىُّ الزَّوجَيْنِ كان مريضًا مَرَضًا مَخُوفًا حالَ عقدِ النِّكاحِ ، فالنِّكاحُ فاسدٌ ، لا يتوارَثان به ، إلَّا أن يُصِيبَها ، فيكونُ لها المُسَمَّى فى ثلاثةٍ مُقَدَّمًا على الوَصِيَّةِ . وعن الزُّهْرِىِّ ، ويحيى بن سعيدٍ ، مثلُه . واخْتَلفَ أصحابُ مالكٍ فى نِكاحِ مَنْ لم يَرِثْ ، كالأَمَةِ والذِّمِّيَّةِ ، فقال بعضُهم : يَصِحُّ ؛ (46)لأنَّه لا(46) يُتَّهَمُ بقَصْدِ تَوْريثِها . ومنهم مَنْ أبْطَلَه ؛ لجوازِ أن تكونَ وارثةً . وقال رَبيعةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى : الصَّداقُ والميراثُ من الثُّلُثِ . وقال الأوزاعِىُّ : النِّكاحُ صحيحٌ ، ولا مِيراثَ بينهما . وعن القاسمِ ابن محمدٍ ، والحسنِ : إن قَصَدَ الإضرارَ بورثتِه ، فالنِّكاحُ باطلٌ ، وإلَّا فهو صحيحٌ . / ولَنا ، أنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ يَصِحُّ فى الصِّحَّةِ ، فيَصِحُّ فى المرضِ كالبَيْعِ ، ولأنَّه نِكاحٌ صَدَرَ من أهْلِه فى مَحَلِّه بِشَرْطِه ، فيَصِحُّ كحالِ الصِّحَّةِ ، وقد رَوَيْنا أنَّ عبدَ الرحمنِ ابن أُمِّ الحَكَمِ(47) تَزَوَّجَ فى مَرَضِه ثلاثَ نِسْوةٍ ، أصْدَقَ كلَّ واحدةٍ أَلْفًا لِيُضَيِّقَ بهِنَّ على امْرأتِه ، ويَشْرَكْنَها فى مِيراثِها ، فأُجِيزَ ذلك . وإذا ثَبَتَ صِحَّةُ النِّكاحِ ، ثَبَتَ الميراثُ بعُمُومِ الآيةِ .

١٦٩/٦ و

(46-46) فى ا : « لئلا لا » . وفى م : « لئلا » .

(47) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يتزوج وهو مريض أيجوز ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٦٢ . والبيهقى ، فى : باب نكاح المريض ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦ / ٢٧٦ . وسعيد بن منصور ، فى : باب تزويج الجارية الصغيرة . السنن ١ / ١٧٦ . وفيه أنه تزوج امرأتين .

فصل : ولا فَرْقَ فى ميراثِ الزَّوْجَيْنِ بينَ ما قَبْلَ الدُّخولِ وبَعْدَه ؛ لعُمومِ الآية ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى لِبَرْوَعَ بنتِ واشِقٍ بالميراثِ ، وكان زوجُها مات عنها قبلَ أن يَدْخُل بها ، ولم يَفْرِضْ لها صداقًا(٤٨) . ولأنَّ النِّكاحَ صحيحٌ ثابتٌ ، فيُوَرَّثُ به ، كما بعدَ الدُّخولِ .

فصل : فأمَّا النِّكاحُ الفاسِدُ ، فلا يَثْبُتُ به التَّوارثُ بين الزَّوْجين ؛ لأنَّه ليس بنكاحٍ شرعىٍّ . وإذا اشْتَبَهَ مَنْ نِكاحُها فاسدٌ بمَنْ نكاحُها صحيحٌ ، فالمنْقولُ عن أحمدَ ، أنَّه قال فى مَن تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لا يَدْرِى أيَّتَهما تَزَوَّجَ أوَّلَ : فإنَّه يُفَرَّقُ بينهما . وتَوَقَّفَ عن أن يقولَ فى الصَّداقِ شيئًا . قال أبو بكرٍ : يتَوَجَّهُ على قَوْلِه أن يُقْرَعَ بينهما . فعلى هذا الوجهِ يُقْرَعُ بينهما فى الميراثِ إذا مات عنهما . وعن النَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، ما يَدُلُّ على أن المَهْرَ والميراثَ يُقَسَّمُ بينهنَّ على حَسَبِ الدَّعاوَى والتَّنْزِيلِ ، كميراثِ الخَناثَى . وهو قولُ أبى حنيفةَ وأصحابه . وقال الشافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : يُوقَفُ المشْكوكُ فيه من ذلك ، حتى يَصْطَلِحْنَ عليه ، أو يَتَبَيَّنَ الأمْرُ . فلو تَزَوَّجَ امرأةً فى عَقْدٍ ، وأربعًا فى عقدٍ ، ثم مات ، وخَلَّفَ أخًا ، ولم يُعلمْ أىُّ العَقْدينِ سَبَقَ ، ففى قولِ أبى حنيفةَ ، كلُّ واحدةٍ تَدَّعِى مَهْرًا كاملًا يُنْكِرُه الأخُ ، فتُعْطَى كلُّ واحدةٍ نِصْفَ مَهْرٍ ، ويُؤْخَذُ رُبْعُ الباقى تَدَّعِيه الواحدةُ والأرْبَعُ ، فيُقَسَّمُ للواحدةِ(٤٩) نِصْفُه ، وللأرْبعِ نِصْفُه . وعند الشافِعِىِّ ، أكثرُ ما يَجِبُ عليه أرْبعةُ مُهورٍ فيُؤْخَذُ(٥٠) ذلك ، يُوقَفُ منها مَهْرٌ بين النساءِ الخَمْسِ ، ويَبْقَى ثلاثةٌ تَدَّعِى الواحدةُ رُبْعَها / ميراثًا ، ويَدَّعِى الأخُ ثلاثةَ أرْباعِها ، فيُوقَفُ منها ثلاثةُ أرباعِ مَهْرٍ بينَ النِّساءِ الخَمْسِ ، وباقِيها وهو مَهْران ورُبْعٌ بين الأرْبعِ والأخِ(٥١) ، ثم يُؤْخَذُ ربعُ ما بَقِىَ ،

١٦٩/٦ ظ

---

(٤٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من تزوج ولم يسم صداقا حتى مات ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٧ ، ٤٨٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٤ ، ٨٥ . والنسائى ، فى : باب عدة المتوفى عنها زوجها ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٦٤ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٩ . والدارمى ، فى : باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ... ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٥ .

(٤٩) فى م : « الواحد » .

(٥٠) فى ا ، م : « فيأخذ » .

(٥١) فى م : « وبين الأخ » .

فيُوقَفُ بين النِّساءِ الخَمْسِ ، والباقِي للأخِ . وإن تزوَّجَ امرأةً فى عَقْدٍ ، واثنتينِ فى عَقْدٍ ، وثلاثًا فى عَقْدٍ ، ولم يُعْلَمِ السَّابقُ ، فالواحدةُ نِكاحُها صحيحٌ ، فلها مَهْرُها ، ويَبْقَى الشَّكُّ فى الخَمْسِ ، فعلى قولِ أهلِ العراقِ لهنَّ مَهْران بيَقِينٍ ، والثالثُ لهنَّ فى حالٍ دون حالٍ ، فيكونُ لَهُنَّ نِصْفُه ، ثم يُقَسَّمُ ذلك بينهنَّ لكلِّ واحدةٍ نِصْفُ مَهْرٍ ، ثم يُؤْخَذُ رُبْعُ الباقِى لَهُنَّ ميراثًا ، فللواحدة رُبْعُه يَقِينًا ، وتَدَّعِى نِصْفَ سُدُسِه ، فتُعْطَى نِصْفَه ، فيصيرُ لها من الرُّبْعِ سُدُسُه وثُمْنُه ، وذلك سَبْعةٌ من أرْبعةٍ وعِشْرِينَ ، والاثْنتانِ تَدَّعِيَان ثُلُثَيْه ، وهو سِتَّةَ عشرَ سهمًا ، فيُعْطَيْنَ نِصْفَه ، وهو ثمانيةُ أسْهُمٍ ، والثلاثُ يَدَّعِينَ ثلاثةَ أرباعِه ، وهو ثمانيةَ عشرَ سهمًا ، فيُعْطَيْنَ تُسْعَه . وهذا قول محمدِ بن الحسنِ . وعلى قولِ أبى حنيفةَ وأبى يوسفَ ، تُقَسَّمُ السَّبْعَةَ عشرَ بين الثَّلاثِ والاثْنَتَيْنِ نِصْفَيْنِ ، فيَصِيرُ الرُّبْعُ من ثمانيةٍ وأربعينَ سهمًا ، ثم تضربُ الاثْنَيْنِ فى الثَّلاثِ ، ثم فى الثَّمانيةِ والأرْبعين ، تكُنْ مائتَيْنِ وثمانيةً وثمانينَ ، فهذا رُبْعُ المالِ . وعند الشافِعِىِّ تُعْطَى الواحدةُ مَهْرَها ، ويُوقَفُ ثلاثةُ مُهُورٍ ؛ مَهْرانِ منها بين الخَمْسِ ، ومَهْرٌ تَدَّعِيه الواحدةُ ، والاثْنتانِ رُبْعه مِيراثًا ، وتَدَّعِيه الثَّلاثُ مَهْرًا وثلاثةُ أرباعِه تَدَّعِيه الأُخرى ميراثًا وتَدَّعِيه الثلاثُ مهرًا ، ويُؤْخَذُ ربعُ ما بَقِىَ فيُدْفَعُ رُبْعُه إلى الواحدةِ ، و نِصْفُ سُدُسِه بين الواحدةِ والثلاثِ موقوفٌ ، وثُلُثاه بين الثَّلاثِ والاثْنَتَيْنِ موقوفٌ ، فإن طَلَبَتْ واحدةٌ من الخَمْسِ شيئًا من الميراثِ الموقوفِ ، لم يُدْفَعْ إليها شىءٌ ، وكذلك إن طَلَبه أحدُ الفريقَيْنِ ، لم يُدْفَعْ إليه شىءٌ . وإن طلبتْ واحدةٌ من الثلاثِ ، وواحدةٌ من الاثْنَتَيْنِ ، دُفِعَ إليهما رُبْعُ الميراثِ . وإن طَلَبَتْه واحدةٌ من الاثْنَتَيْنِ ، واثْنتانِ من الثَّلاثِ ، أو الثَّلاثُ كلُّهنَّ ، دُفِعَ إليهنَّ ثُلُثُه . وإن عَيَّنَ الزَّوْجُ المَنْكوحاتِ أوَّلًا ، قُبِلَ تَعْيِينُه وثَبَتَ . وإن وَطِئَ واحدةً / منهنَّ ، لم يكُنْ ذلك تَعْيِينًا لها . وهذا قولُ الشافِعِىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وللمَوْطوءةِ الأَقَلُّ من المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ ، فيكون الفضلُ بينهما مَوْقوفًا . وعلى قولِ أهلِ العراقِ ، يكونُ تَعْيِينًا ، فإن كانت المَوْطُوءَةُ من الاثْنَتَيْنِ ، صَحَّ نِكاحُها ، وبَطَلَ نِكاحُ الثَّلاثِ ، وإن كانت من الثَّلاثِ ، بَطَلَ نِكاحُ الاثْنَتَيْنِ ، وإن وَطِئَ واحدةً من الاثْنَتَيْنِ ، وواحدةً من الثَّلاثِ ، صحَّ نِكاحُ الْفَرِيقِ المَبْدوءِ بوَطْءِ واحدةٍ منه ، وللمَوْطُوءةِ التى لم يَصِحَّ نِكاحُها مَهْرُ مِثْلِها ، فإن

١٧٠/٦و

أشْكَلَ أيضا ، أُخِذَ منه اليقينُ ، وهو مَهْران مُسَمَّيانِ ومَهْرُ مِثْلٍ ، ويَبْقَى مَهْرٌ مُسَمًّى تَدَّعِيه النِّسْوةُ ، ويُنْكِرُه الأخُ ، فيُقَسَّمُ بينهما ، فيَحْصُلُ للنِّسْوةِ مَهْرُ مِثْلٍ ومُسَمَّيانِ ونِصْفٌ ، منها مَهْرٌ مُسَمًّى ، ومَهْرُ مِثْلٍ يُقَسَّمُ بين المَوْطُوءَتَيْنِ نِصْفَيْنِ ، ويَبْقَى مُسَمًّى ونصفٌ بينَ الثَّلاثِ الباقياتِ ، لكلِّ واحدةٍ نِصْفُ مُسَمًّى ، والميراثُ على ما تقدَّم . وعندَ الشافِعِيِّ ، لا حُكْمَ للوَطْءِ في التَّعْيينِ ، وهل يقوم تَعْيينُ الوارثِ مَقامَ تَعْيينِ الزَّوْجِ ؟ فيه قولان . فعلى قوله ، يُؤْخَذُ مُسَمًّى ومَهْرُ مِثْلٍ للمَوْطوءَتَيْنِ ، تُعْطَى كلُّ واحدةٍ الأقَلَّ من المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ ، ويَقِفُ الفضلُ بينهما ، ويَبْقَى مُسَمَّيان ونصفٌ ، يَقِفُ أحَدُهما بين الثلاثِ اللَّاتِي لم يُوطَأْنَ ، وآخرَ بين الثَّلاثِ والاثْنَتَيْنِ ، والميراثُ على ما تقدَّم .
وحُكِيَ عن الشَّعْبِيِّ والنَّخَعِيِّ ، في مَن له أرْبَعُ نِسْوةٍ بَتَّ[٥٢] طلاقَ إحْداهُنَّ ، ثم نَكَحَ خامسةً ، ومات ولم يُدْرَ أيَّتهُنَّ طَلَّقَ ، فللخامسةِ رُبْعُ الميراثِ ، وللأرْبعِ ثلاثةُ أرْباعِه بيْنَهُنَّ . وهذا مذهبُ أبي حنيفةَ إذا كان نكاحُ الخامسةِ بعدَ انْقضاءِ عِدّةِ المُطَلَّقةِ . ولو أنَّه قال بعدَ نكاحِ الخامسةِ : إحدى نسائِي طالِقٌ . ثم نَكَحَ سادسةً ، ثم مات قبلَ أن يُبيِّنَ ، فللسَّادسةِ رُبْعُ الميراثِ ، وللخامسةِ رُبْعُ ثلاثةِ الأرْباعِ الباقِيةِ[٥٣] ، وما بَقِيَ بين الأرْبعِ الأُوَلِ أرْباعًا . وفي قولِ الشافِعِيِّ ، ما أشْكَلَ من ذلك موقوفٌ على ما تقدَّم .

١٧١/٦ظ **فصل** : في الطَّلاق . إذا طَلَّقَ الرجلُ / امرأتَه طلاقًا يَمْلِكُ رَجْعَتَها في عِدَّتِها ، لم يَسْقُطِ التَّوارثُ بينهما ، ما دامتْ في العِدَّةِ ، سواءٌ كان في المرضِ أو الصِّحةِ . بغير خلافٍ نعلَمُه . ورُوِي ذلك عن أبي بكرٍ ، وعمرَ ، وعثمانَ ، وعلِيٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وذلك لأنَّ الرَّجْعِيةَ زَوْجةٌ يَلْحَقُها طلاقُه وظِهارُه وإيلاؤُه ، ويَمْلِكُ إمْساكَها بالرَّجعةِ بغيرِ رِضاها ولا وَلِيٍّ ولا شُهُودٍ ولا صَدَاقٍ جَدِيد ، وإن طَلَّقها في الصحةِ طلاقًا بائِنًا أو رَجْعِيًّا ، فبانَتْ بانْقضاءِ عِدَّتِها ، لم يَتوارَثا إجماعًا . وإن كان ١

---

(٥٢) في الأصل ، ا : « أبتّ » .

(٥٣) في م : « الباقي » .

الطلاقُ فى المرضِ الْمَخُوفِ ، ثم مات من مَرَضِه ذلك فى عِدَّتِها ، وَرِثَته ولم يرِثْها إن ماتت . يُرْوَى هذا عن عمرَ ، وعثمانَ ، رَضِيَ اللهُ عنهما . وبه قال عُرْوةُ ، وشُرَيْحٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفةَ فى أهلِ العراقِ ، ومالكٌ فى أهلِ المدينةِ ، وابنُ أبى ليلَى . وهو قولُ الشافِعِيِّ فى القَدِيم . ورُوِىَ عن (٥٤عُتْبَةَ بن ٥٤) عبدِ اللهِ ابن الزُّبيرِ : لا تَرِثُ مَبْتُوتة . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وعبدِ الرحمن بن عَوْفٍ . وهو[٥٥] قولُ الشافِعِىِّ الجديدُ ؛ لأنَّها بائِنٌ ، فلا تَرِثُ ، كالبائنِ فى الصِّحَّةِ ، أو كالو كان الطَّلاقُ باختِيارِها ، ولأنَّ أسبابَ الميراثِ مَحْصُورةٌ فى رَحِمٍ ونكاحٍ ووَلاءٍ ، وليس لها شىءٌ من هذه الأسْباب . ولَنا ، أنَّ عثمانَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، وَرَّثَ تُماضِرَ بنتَ الأَصْبَغِ الكَلْبِيَّةَ من عبدِ الرحمنِ بن عَوْفٍ ، وكان طَلَّقها فى مرضِه فبَتَّها[٥٦] . واشْتَهر ذلك فى الصحابةِ فلم يُنْكَرْ ، فكان إجماعًا . ولم يَثْبُتْ عن علىٍّ ولا عبدِ الرحمنِ خلافٌ فى هذا ، بل قد رَوَى عُرْوةُ عن عثمانَ أنَّه قال لعبدِ الرحمنِ : لئِن مِتَّ لأُوَرِّثَنَّها منك . قال : قد عَلِمتُ ذلك . وما رُوِىَ عن ابنِ الزُّبَيْرِ إن صَحَّ[٥٧] ، فهو مَسْبوقٌ بالإجماعِ . ولأنَّ هذا قَصَدَ قَصْدًا فاسدًا فى الميراثِ ، فعُورِضَ بنَقِيضِ قَصْدِه ، كالقاتِلِ / القاصِدِ استِعجالَ الميراثِ يُعاقَبُ بحِرْمانِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فالمشْهورُ عن أحمدَ أنَّها تَرِثُه فى العِدَّةِ وبَعْدَها ما لم تتزوجْ . قال أبو بكرٍ : لا يختَلِفُ قولُ أبى عبدِ اللهِ فى المَدْخولِ بها ، إذا طَلَّقها المريضُ ، أنَّها تَرِثُه فى العِدَّة ، وبعدَها[٥٨] ما لم تتزَوَّجْ . رُوِىَ ذلك عن الحسنِ . وهو قولُ الْبَتِّىِّ ، وحُمَيدٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وبعضِ البَصْرِيِّين ، وأصْحابِ الحَسَنِ ، ومالكٍ فى أهلِ

١٧٢/٦و

(٥٤ - ٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥) فى ا : « وهذا » .

(٥٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى توريث المبتوتة فى مرض الموت ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٦٢ ، ٣٦٣ . والشافعى ، انظر : كتاب الفرائض . من ترتيب المسند ٢ / ١٩٣ .

(٥٧) فى م زيادة : « فى » .

(٥٨) سقط من : ا .

المدينةِ . وذُكِرَ عن أُبَىّ بن كَعْبٍ ، لما رَوَى أبو سَلَمةَ بن عبدِ الرحمن ، أنَّ أباه طَلَّق أمَّه وهو مريضٌ ، فمات ، فوَرِثَتْه بعدَ انْقِضاءِ العِدَّة . ولأنَّ سببَ تَوْرِيثِها فِرارُه من مِيراثِها ، وهذا المعنَى لا يزولُ بانْقِضاءِ العِدَّة . ورُوِىَ عن أحمدَ ما يدلُّ على أنَّها لا تَرِثُ بعدَ العِدَّةِ ، فإنَّه قال ، فى رِوايةِ الأثْرم : يَلْزَمُ مَنْ قال : له أن يتزوَّجَ أربعًا قبلَ انقضاءِ عِدَّةِ مُطَلَّقاتِه . أنَّه لو طَلَّق أربعَ نِسْوةٍ فى مَرَضِه ، ثم تزوجَ أربعًا ، ثم مات من مَرَضِه ذلك ، أنَّ الثمانِىَ يَرِثْنه كُلُّهُنَّ ، فيكون مُسْلِمًا[59] يَرِثُه ثمانِ نِسْوةٍ . وهذا[(60] إنْكارٌ لِقَوْلِ[60)] يَلْزَمُ منه تَوْرِيثُ ثمانٍ ، وتَوْرِيثُها بعدَ العِدَّةِ يَلْزَمُ منه ذلك ، ولأنَّه قال فى المُطَلَّقةِ قبلَ الدُّخولِ : لا تَرِثُ ؛ لأنَّها لا عِدَّةَ لها . وهذه كذلك فلا تَرِثُ . وهذا قولُ عُرْوَةَ ، وأبى حنيفةَ وأصحابِه ، وقولُ الشافِعىِّ القديمُ ؛ لأنَّها تُباحُ لِزَوْجٍ آخرَ ، فلم تَرِثْه ، كما لو كان فى الصحةِ ، ولأنَّ تَوْرِيثَها بعَد العِدَّةِ يُفْضِى إلى توريثِ أكثرَ من أربعِ نِسْوَةٍ ، فلم يَجُزْ ذلك ، كما لو تَزَوَّجتْ ، وإن تزوَّجتِ المَبْتوتةُ لم تَرِثْه ، سواءٌ كانت فى الزَّوْجِيَّةِ ، أو بانتْ من الزَّوْجِ الثانى . هذا قولُ أكثرِ أهلِ العِلْمِ . وقال مالكٌ فى أهلِ المدينةِ : تَرِثُه ؛ لما ذَكَرْنا للرِّوايةِ الأُولَى ، ولأنَّها شخصٌ يَرِثُ مع انْتفاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، فوَرِثَ معها ، كسائرِ الوارِثِينَ . ولَنا ، أنَّ هذه وارِثةٌ من زَوْجٍ ، فلا تَرِثُ زَوْجًا سِوَاهُ ، كسائرِ الزَّوْجاتِ ، ولأنَّ التَّوْرِيثَ[61] من حُكْمِ النِّكاحِ ، فلا يجوزُ اجْتِماعُه مع نكاحٍ آخرَ ، كالعِدَّةِ ، ولأنَّها فَعَلَتْ باخْتيارِها ما يُنافِى / نِكاحَ الأَوَّلِ لها ، فأشْبَهَ ما لو كان فَسخُ النِّكاحِ من قِبَلِها . ١٧٢/٦ ظ

فصل : ولو صحَّ من مَرَضِه ذلك ، ثم مات بعدَه ، لم تَرِثْهُ ، فى قولِ الجمهورِ . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ ، والشعبىِّ ، والثَّورِىِّ ، وزُفَرَ ، أنَّها تَرِثُه ؛ لأنَّه طلاقُ مَرَضٍ قُصِدَ به الْفِرارُ من الميراثِ ، فلم يَمْنَعْه ، كما لو لم يَصِحَّ . ولَنا ، أنَّ هذه بائنٌ بطَلاقٍ فى غيرِ مَرَضٍ

---

(٥٩) فى ا : « مسلم » .

(٦٠ - ٦٠) فى م : « القول » .

(٦١) فى م : « التوارث » .

الموتِ ، فلم تَرِثْه ، كالمُطَلَّقةِ فى الصِّحَّةِ ، ولأَنَّ حُكْمَ هذا المرضِ حُكْمُ الصِّحَّةِ فى العَطَايا والإِعتاقِ والإِقْرارِ ، فكذلك فى الطلاقِ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بما إذا قَصَدَ الفرارَ بالطَّلاقِ فى صِحَّتِه .

فصل : ولو طَلَّقَ امرأتَه ثلاثًا فى مَرَضِه قبلَ الدُّخولِ بها ، فقال أبو بكرٍ : فيها أَرْبَعُ رواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، لها الصَّداقُ كاملًا والميراثُ ، وعليها العِدَّةُ . اخْتارَها أبو بكرٍ . وهو قولُ الحسنِ ، وعطاءٍ ، وأبى عُبَيْدٍ ؛ لأَنَّ الميراثَ ثَبَتَ للمَدْخولِ بها لفرارِه منه ، وهذا فارٌّ ، وإذا ثَبَتَ الميراثُ ثبتَ وجوبُ [٦٢] العِدَّةِ و [٦٢] تكْمِيلُ الصَّداقِ ، ويَنْبَغِى أن تكونَ العِدَّةُ عِدَّةَ الوَفاةِ ، لأَنَّا جَعَلْناها فى حُكْمِ مَنْ تُوُفِّىَ عنها وهى زوجةٌ ، ولأَنَّ الطلاقَ لا يُوجِبُ عِدَّةً على غيرِ مدخولٍ بها . الثانية ، لها الميراثُ والصَّداقُ ، ولا عِدَّةَ عليها . وهو قولُ عَطاءٍ ؛ لأَنَّ العِدَّةَ حقٌّ عليها ، فلا يجبُ بفرارِه . والثالثة ، لها الميراثُ ونصفُ الصَّداقِ ، وعليها العِدَّةُ . وهذا قولُ مالكٍ ، فى روايةِ أبى عُبَيْدٍ عنه ؛ لأَنَّ مَنْ تَرِثُ يجبُ أن تَعْتَدَّ ، ولا يَكْمُلُ الصَّداقُ ؛ لأَنَّ اللهَ تعالى نَصَّ على تَنْصِيفِه بالطَّلاقِ قبلَ المَسِيسِ ، ولا تجوزُ مخالَفَتُه . والرابعة ، لا ميراثَ لها ، ولا عِدَّةَ عليها ، ولها نصفُ الصَّداقِ . وهو قولُ جابرِ بن زَيْدٍ ، والنَّخَعِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ ، وأكثرِ أهلِ العلمِ . قال أحمدُ : قال جابرُ بن زيدٍ : لا ميراثَ لها ، ولا عِدَّةَ عليها . وقال الحسنُ : تَرِثُ . قال أحمدُ : /أذهبُ إلى قولِ جابرٍ ؛ وذلك لأَنَّ اللهَ تعالى نَصَّ على تَنْصيفِ الصَّداقِ ، ونَفَى العِدَّةَ عن المُطلَّقةِ قبلَ الدُّخولِ بقولِه تعالى : ﴿ وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[٦٣] . وقال تعالى : ﴿ يَـٰأَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[٦٤] . ولا يجوزُ مخالفةُ نَصِّ الكتابِ بالرَّأْىِ والتَّحَكُّمِ . وأَمَّا الميراثُ ، فإنَّها ليستْ بزَوْجةٍ ولا

١٧٣/٦و

(٦٢ - ٦٢) سقط من : م .

(٦٣) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٦٤) سورة الأحزاب ٤٩ .

مُعْتَدَّةٍ من نِكاحٍ ، فأشْبَهَتِ المُطلَّقةَ فى الصِّحَّةِ . واللهُ أعلم . ولو خَلا بها ، وقال : لمَّا أطَأْها . وصَدَّقَتْه ، فلها الميراثُ ، وعليها العِدَّةُ للوَفاةِ ، ويكْمُلُ لها الصَّداقُ ؛ لأنَّ الخَلْوةَ تَكْفِى فى ثُبوتِ هذه الأحْكامِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ وأصْحابِه .

فصل : ولو طَلَّقَ المدخولَ بها طلاقًا رَجْعِيًّا ثم مَرِضَ فى عِدَّتِها ، ومات بعد انقضائِها ، لم تَرِثْه ؛ لأنَّه طلاقُ صِحَّةٍ . وإن طَلَّقها واحدةً فى صِحَّتِه ، وأبانَها فى مَرَضِه ، ثم مات بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، فحُكْمُها حُكْمُ ما لو ابْتدأ طلاقَها فى مَرَضِه ؛ لأنَّه فرَّ من مِيراثِها . وإنْ طلقَها واحدةً فى صِحَّتِه ، وأُخْرَى فى مَرَضِه ، ولم يُبِنْها حتى بانَتْ بانْقضاءِ عِدَّتِها ، لم تَرِثْ ؛ لأنَّ طَلاقَ المرضِ لم يَقْطَعْ مِيراثَها ، ولم يُؤَثِّرْ فى بَيْنُونَتِها .

فصل : وإن طَلَّقها ثلاثًا فى مَرَضِه ، فارْتَدَّتْ ، ثم أسْلَمَتْ ، ثم مات فى عِدَّتِها ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، تَرِثُه . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّها مُطلَّقةٌ فى المرضِ ، أشْبَهَ ما لو لم تَرْتَدَّ . والثانى ، لا تَرِثُه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافِعىِّ ؛ لأنَّها فَعَلَتْ ما يُنافِى النِّكاحَ ، أشْبَهَ ما لو تَزَوَّجَتْ . ولو كان هو المُرْتَدَّ ، ثم أسْلَمَ ومات ، وَرِثَتْه . وبه قال أبو حنيفةَ ، وأصحابُه . وقال الشافِعىُّ : لا تَرِثُه . ولَنا ، أنَّها مُطلَّقةٌ فى المَرَضِ ، لم تَفْعَلْ ما يُنافِى نِكاحَها ، مات زَوْجُها فى عِدَّتِها ، فأشْبَهَ ما لو لم تَرْتَدَّ . ولو ارْتَدَّ أحدُ الزَّوْجَيْنِ بعدَ الدُّخولِ من غيرِ طلاقٍ ، ثم عاد إلى الإسْلامِ قبلَ انْقِضاءِ العِدَّةِ ، وَرِثَه الآخرُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ باقٍ . فإن انْقَضتِ العِدَّةُ قبلَ رُجُوعه ، انْفَسخَ النِّكاحُ ، ولم / يَرِثْ أحدُهما الآخرَ . وإن قُلْنا : إنَّ الفُرْقةَ تُتعَجَّلُ عند اخْتلافِ الدِّين ، لم يَرِثْ أحدُهما الآخرَ . ويتخَرَّجُ أن يَرِثَه الآخرُ إذا كان ذلك فى مرضِ موتِه ؛ لأنَّه تَحْصُلُ به البَيْنُونةُ ، فأشْبَهَ الطَّلاقَ . وهو قولُ مالكٍ . وقال أبو حنيفةَ وأصْحابُه : إذا ارْتَدَّتِ المرأةُ ، ثم ماتتْ فى عِدَّتِها ، وَرِثَها الزَّوْجُ .

١٧٣/٦ظ

فصل : إذا طلَّقَ المسلمُ المريضُ زوجتَه الأمةَ والذِّمِّيَّةَ طلاقًا بائنًا ، ثم أسْلَمتِ الذِّمِّيَّةُ ، وعَتَقَتِ الأَمةُ ، ثم مات فى عِدَّتِهِما ، لم تَرِثاهُ ؛ لأنَّه لم يكُنْ عندَ الطَّلاقِ فارًّا . وإن قال

لهما فى المرضِ : إذا عَتَقْتِ أنتِ ، أو أسْلَمْتِ أنتِ[٦٥] ، فأنْتما طالِقتانِ . فعَتَقَتِ الأمَةُ ، وأسْلَمتِ الذِّمِّيَّةُ ، ومات ، وَرِثَتاه ؛ لأنَّه فارٌّ . فإن قال لهما : أنتُما طالِقتانِ غدًا . فعَتَقَتِ الأمَةُ ، وأسْلَمتِ الذِّمِّيَّةُ ، لم تَرِثاهُ ؛ لأنَّه غيرُ فارٍّ . وإن قال سَيِّدُ الأمةِ : أنتِ حُرَّةٌ غدًا . وقال الزَّوْجُ : أنتِ طالقٌ غدًا . وهو يعلمُ بقَوْلِ السَّيِّدِ ، وَرِثَتْه ؛ لأنَّه فارٌّ . وإن لم يَعْلَمْ ، لم تَرِثْه ؛ لعدمِ الفرارِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ وأصحابُه ، والشافِعِىُّ ، ولم أعلمْ لهم مُخالِفًا .

فصل : وإذا قال لِامرأتِه فى صحتِه : إذا مَرِضْتُ فأنتِ طالقٌ . فحُكْمُه حكمُ طَلاقِ المرضِ سَواءً . فإن أقرَّ فى مَرَضِه أنَّه كان طَلَّقها فى صِحَّتِه ثلاثًا ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه عليها ، وكان حُكْمُه حُكْمَ طلاقِه فى مَرَضِه . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال الشافِعِىُّ : يُقْبَلُ إقْرارُه . ولَنا ، أنَّه إقرارٌ بما يَبْطُلُ به حَقُّ غيرِه ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقرَّ بمالها .

فصل : وإن سألَتْه الطلاقَ فى مَرَضِه ، فأجابَها ، فقال القاضِى : فيه رِوَايتان ؛ إحْداهما ، لا تَرِثُه ؛ لأنَّه ليس بفارٍّ . والثانية ، تَرِثُه ؛ لأنَّه طَلَّقها فى مَرَضِه . وهو قولُ مالكٍ . وكذلك الحكمُ إن خالَعها ، أو عَلَّقَ الطلاقَ على مَشِيئَتِها فشاءت ، أو على فِعْلٍ من جِهَتِها لها منه بُدٌّ ففعَلَتْه ، أو خَيَّرَها فاخْتارتْ نَفْسَها . والصحيحُ فى هذا كلِّه أنَّها لا تَرِثُه ؛ لأنَّه لا فِرارَ منه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشافِعِىِّ . / وإن لم تَعْلَمْ بتَعْلِيقِ طلاقِها ، ففعَلَتْ ما عُلِّقَ عليه ، وَرِثَتْه ؛ لأنَّها مَعْذُورةٌ فيه . ولو سألَتْه طَلْقةً ، فطَلَّقها ثلاثًا ، وَرِثَتْه ؛ لأنَّه أبانَها بما لم تَطْلُبْه منه . وإن عَلَّقَ طَلاقَها على فِعْلٍ لا بُدَّ لها منه ، كصلاةٍ مكتوبةٍ ، وصيامٍ واجبٍ فى وقتِه ، ففعَلَتْهُ ، فحُكْمُه حُكْمُ طلاقِها ابتداءً ، فى قولِهم جميعا . وكذلك إن عَلَّقه على كلامِها لأبَوَيْها أو لأحدِهما . وإن قال فى مَرَضِه : أنتِ طالقٌ إن قَدِمَ زيدٌ . ونحوه ممَّا ليس من فِعْلِها ولا فِعْلِه ، فوُجِدَ الشَّرطُ فطُلِّقَتْ به ، وَرِثَتْه .

١٧٤/٦و

فصل : فإن عَلَّقَ طلاقَها فى الصِّحَّةِ على شرطٍ وُجِدَ فى المرضِ ، كقُدُومِ زَيْدٍ ،

---

(٦٥) سقط من : ا .

وَمَجِيءِ غدٍ ، وصلاتِها الفَرْضَ ، بانَتْ ولم تَرِثْ ؛ لأنَّ اليمينَ كانَتْ فى الصِّحَّةِ . وذكر القاضِى روايةً أخرى ، أنَّها تَرِثُ ، وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ وقعَ فى المرضِ . والأوَّلُ أصَحُّ . وإن عَلَّقَه على فِعْلِ نَفْسِه ، ففَعَلَه فى المرضِ ، وَرِثَتْه ؛ لأنَّه أوْقَعَ الطَّلاقَ بها فى المرضِ ، فأشْبَهَ ما لو كان التَّعْليقُ فى المرضِ . ولو قال فى الصِّحَّةِ : أنتِ طالقٌ إن لم أضْرِبْ غُلامِى . فلم يَضْرِبْه حتى مات ، وَرِثَتْه . وإن ماتَتْ ، لم يَرِثْها . وإن ماتَ الغلامُ والزوجُ مريضٌ ، طَلُقَتْ ، وكان كتَعْلِيقِه على مَجِىءِ زيدٍ أيضا . وكذلك[٦٦] إن قال : إن لم أُوَفِّكِ مَهْرَكِ فأنتِ طالقٌ . وإن ادَّعَى الزوجُ أنَّه وَفَّاها مَهْرَها فأنْكَرَتْه ، صُدِّقَ الزَّوْجُ فى تَوْرِيثِه منها ؛ لأنَّ الأصلَ بقاءُ النكاحِ ، ولم تُصَدَّقْ فى براءتِه منه ؛ لأنَّ الأصلَ بقاؤُه فى ذِمَّتِه . ولو قال لها فى الصِّحَّةِ : أنتِ طالقٌ إن لم أتزوَّجْ عليك . فكذلك . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الحسنِ . ولو قَذَفَ المريضُ امرأتَه ، ثم لَاعَنَها فى مرضِه ، فبانتْ منه ، ثم مات فى مرضِه ، وَرِثَتْه . وإن ماتتْ ، لم يَرِثْها . وإن قَذَفَها فى صِحَّتِه ، ولَاعَنَها فى مرضِه ، ومات فيه ، لم تَرِثْه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشافِعِىِّ ، واللُّؤْلُؤِىِّ . وذكر القاضى روايةً أخرى ، أنَّها ١٧٤/٦ظ / تَرِثُ . وهو قولُ أبى يوسفَ . وإن آلَى منها فى مرضِه ، ثم صَحَّ ، ثم نُكِسَ فى مرضِه ، فبانَتْ بالإيلاءِ ، لم تَرِثْهُ .

فصل : وإذا أَسْتكْرَه الابنُ امرأةَ أبيه على ما يَنْفسِخُ به نكاحُها ، من وَطْءٍ أو غيرِه ، فى مرضِ أبيه ، فمات أبوه من مرضِه ذلك ، وَرِثَتْه ، ولم يَرِثْها إن ماتَتْ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ وأصحابِه . فإن طاوَعَتْه على ذلك ، لم ترِثْ ؛ لأنَّها مُشارِكَةٌ فيما يَنْفَسِخُ به نكاحُها ، فأشْبَهَ ما لو خالَعَتْه . وسواءٌ كان للمَيِّتِ بَنُونَ سِوَى هذا الابنِ ، أو لم يكُنْ . فإذا انْتَفتِ التُّهمةُ عنه ، بأن يكونَ غيرَ وارثٍ ، كالكافرِ والقاتلِ والرَّقِيقِ ، أو كان ابنًا من الرَّضاعةِ ، أو ابن ابنٍ مَحْجُوبٍ بابنٍ للميتِ ، أو بأبَوَيْنِ ، أو ابْنَينِ ، أو كان للميتِ امرأةٌ أُخرَى تَحُوزُ ميراثَ الزوجاتِ ، لم ترِثْ ؛ لِانتفاءِ التُّهْمةِ . ولو صار ابنُ الابنِ وارثًا بعدَ ذلك ، لم تَرِثْ ؛ لِانْتفاءِ التُّهْمةِ حالَ الوَطْءِ . ولو كان حالَ الوَطْءِ وارثًا ، فعاد مَحْجوبًا عن الميراثِ ، لوَرِثَتْ ؛ لوُجودِ التُّهْمةِ حين الوَطْءِ . ولو كان للمريضِ امْرأتانِ ،

---

(٦٦) فى ا زيادة : « الحكم » .

فاستكْرَه ابنه إحْداهُما ، لم ترِثْه ؛ لِانتفاءِ التُّهمةِ عنه ، لكَوْنِ ميراثِها لا يرجِعُ إليه . ولو استكْرَه الثانيةَ بعدَها، لورِثَت الثانيةُ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فى حَقِّها، ولو استكْرَهَهُما معًا، دَفْعةً واحدةً ، وَرِثَتا جميعا . وهذا كله قولُ أبى حنيفةَ وأصحابِه . وأمَّا الشافِعىُّ ، فإنَّه لا يَرى فَسْخَ النِّكاحِ بالوَطْءِ الحرامِ . وكذلك الحكمُ فيما إذا وَطِئَ المريضُ مَنْ يَنْفسِخُ نكاحُه بوَطْئِها ، كأمِّ امْرأتِه أو ابْنَتِها ، فإنَّ امرأتَه تَبِينُ منه ، وترِثُه إذا مات فى مرضِه ، ولا يَرِثُها ، وسواءٌ طاوَعَتْه المَوْطوءةُ أو أكْرَهَها ، فإن مُطاوَعَتَها ليس للمرأةِ فيه فعلٌ يَسْقُطُ[67] به مِيراثُها. فإن كان زائلَ العقلِ حينَ الوَطْءِ، لم ترِثْ امرأتُه منه شيئا؛ لأنَّه ليس له قَصْدٌ صحيحٌ ، فلا يكونُ فارًّا من ميراثِها . وكذلك لو وَطِئَ ابنُه امرأتَه مُستَكرِهًا لها ، وهو زائلُ العقلِ ، / لم ترِثْ لذلك . فإن كان صَبِيًّا عاقلًا ، ورِثَتْ ؛ لأنَّ له قَصْدًا صحيحا . وقال أبو حنيفةَ : هو كالمجْنونِ ؛ لأنَّ قولَه لا عِبْرةَ به . وكذلك الحكمُ فيما إذا وَطِئَ بِنْتَ امرأتِه أو أُمَّها . وللشافِعىِّ فى وَطْءِ الصَّبِىِّ بِنْتَ[68] امْرأتِه أو أُمَّها قَوْلان؛ أحدهما، لا يَنْفَسِخُ به نكاحُ امْرأتِه ؛ لأنَّه[69] لا يُحَرِّمُ . والثانى ، أنَّ امْرأتَه تَبِينُ بذلك ، ولا ترِثُه ولا يرِثُها . وفى القُبْلةِ والمُباشَرةِ دُونَ الفَرْجِ روايتان ؛ إحداهما ، تَنْشُرُ الحُرْمَة . وهو قولُ أبى حنيفةَ وأصحابِه ؛ لأنَّها مُباشَرةٌ تَحْرُمُ فى غيرِ النِّكاحِ والمِلْكِ ، فأشْبَهتِ الوَطْءَ . والثَّانية، [70]لا تَنْشُرُها، لأنَّها ليست[70] بسببٍ للبَعْضِيَّة، فلا تَنْشُرُ الحُرْمةَ، كالنَّظرِ والخَلْوةِ . وخَرَّجَ أصحابُنا فى النَّظرِ إلى الفَرْجِ والخَلْوةِ لشَهْوةٍ وَجْهًا أنَّها تَنْشُرُ الحُرْمةَ .

١٧٥/٦و

فصل : وإن فعَلتِ المريضةُ ما يَفْسَخُ نِكاحَها ، كرَضاعِ امرأةٍ صغيرةٍ لزَوْجِها ، أو رَضاعِ زَوْجِها الصَّغيرِ ، أو ارْتدَّتْ ، أو نحوَ ذلك ، فماتَتْ فى مرضِها ، وَرِثَها الزَّوْجُ ولم ترِثْه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا يَرِثُها . ولَنا ، أنَّها أحدُ الزَّوْجَينِ فَرَّ من

---

(٦٧) فى م : « فيسقط » .

(٦٨) فى م : « ابنة » .

(٦٩) سقط من : الأصل .

(٧٠–٧٠) فى الأصل ، ا : « لا تنشر لأنه ليس » .

ميراثِ الآخرِ ، فأشْبَهَ الرَّجُلَ . وإن عَتَقَتْ[71] ، فاختارتْ نفسَها ، أو كان الزَّوْجُ عِنِّينًا فأُجِّلَ سَنَةً ، ولم يُصِبْها حتى مَرِضَتْ فى آخرِ الحَوْلِ ، فاختارتْ فُرْقَتَه ، وفُرِّقَ بينهما ، لم يتوارَثا فى قولِهم أجْمَعِينَ . ذكَره ابنُ اللَّبَّانِ فى « كتابه » . وذكَرَ القاضى فى المُعْتَقةِ إذا اختارتْ نفسَها فى مَرَضِها ، لم يرِثْها ؛ وذلك لأنَّ فَسْخَ النِّكاحِ فى هٰذَيْنِ المَوْضِعَيْنِ لِدَفْعِ الضَّررِ ، لا للْفِرارِ من الميراثِ . وإن قبَّلت ابنَ زَوْجِها لشَهْوةٍ ، خُرِّجَ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَنْفَسِخُ نِكاحُها ويرِثُها إذا كانت مريضةً ، وماتت فى عِدَّتِها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ وأصحابِه . والثانى ، لا يَنْفَسِخُ النِّكاحُ به . وهو قولُ الشافعىِّ . ولو أنَّ رَجُلًا / زَوَّجَ ابنةَ أخِيه وهى صغيرةٌ ، ثم بلغَتْ ، ففَسخَتِ النِّكاحَ فى مَرَضِها ، لم يَرِثْها الزَّوْجُ . بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ النِّكاحَ من أصْلِه غيرُ صحيحٍ فى صحيحِ المذهبِ ، وهو قولُ الشافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ورُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على صِحَّتِه ، ولها الخِيارُ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ وأصحابِه ، إلَّا أنَّ الفَسْخَ لإزالةِ الضَّررِ لا من أجْلِ الْفِرارِ ، فلم يَرِثْها ، كما لو فَسَختِ المُعْتَقةُ نِكاحَها . واللهُ أعلمُ .

١٧٥/٦ظ

فصل : إذا طلَّقَ المريضُ امرأتَه ، ثم نكَحَ أُخْرَى ، ومات من مرضِه فى عِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، ورِثَتاه جميعا . هذا قولُ أبى حنيفةَ وأهلِ العراقِ ، وأحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . والقولُ الآخرُ ، لا تَرِثُ المَبْتوتةُ ، فيكونُ الميراثُ كلُّه للثانيةِ . وقال مالكٌ : الميراثُ كلُّه للمُطَلَّقةِ ؛ لأنَّ نكاحَ المريضِ عندَه غيرُ صحيحٍ . وجَعَلَ بعضُ أصحابِنا فيها وَجْهًا ، أنَّ الميراثَ كلَّه للمُطَلَّقةِ ؛ لأنَّها تَرِثُ منه ما كانت تَرِثُ قبلَ طلاقِها ، وهو جميعُ الميراثِ ، فكذلك بعدَه . وليس هذا بصحيحٍ ، فإنَّها إنَّما تَرِثُ ما كانت تَرِثُ لو لم يُطَلِّقْها ، ولو لم يُطَلِّقْها وتزوَّج عليها ، لم تَرِثْ إلَّا نِصْفَ ميراثِ الزَّوْجاتِ ، فكذلك إذا طَلَّقَها . فعلى هذا لو تزوَّجَ ثلاثًا فى مرضِه ، فليس للمُطَلَّقةِ إلَّا رُبْعُ ميراثِ الزَّوْجاتِ ، ولكلِّ واحدةٍ من الزَّوْجاتِ رُبْعُه . وإن مات بعدَ انْقضاءِ عِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، فالميراثُ

---

(71) فى م : « أعتقت » .

للزَّوْجاتِ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو قولُ الشافِعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وأبى حنيفةَ وأصحابِه . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، أنَّ الميراثَ للأرْبَعِ . وعندَ مالكٍ الميراثُ كلُّه للمُطلَّقةِ . وإن كان له أرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فطلَّق إحْداهُنَّ ثلاثًا فى مرضِه ، ثم نَكَحَ أُخْرَى فى عِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، أو طَلَّقَ امرأةً واحدةً ، ونكَحَ أُخْتَها فى عِدَّتِها ، ومات فى عِدَّتِها ، فالنِّكاحُ باطلٌ ، والميراثُ بين المُطلَّقةِ وباقِى الزَّوْجاتِ الأوائِلِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . وقال الشافعىُّ : النِّكاحُ صحيحٌ ، والميراثُ للجَديدةِ مع باقِى المَنْكوحاتِ دُونَ المُطَلَّقةِ . ويَجِىءُ على قولِه القديمِ وَجْهان ؛ أحدهما ، أن يكونَ الميراثُ بين المُطلَّقةِ وباقِى / الزَّوْجاتِ ، كقولِ الجُمْهورِ ، ولا شىءَ للمَنْكوحةِ . والثانى ، أن يكونَ بينهنَّ على خَمْسةٍ ، لكلِّ واحدةٍ منهنَّ خُمْسُه . فإن مات بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المُطلَّقةِ ، ففى مِيرَاثِها رِوَايتانِ ؛ إحْداهما ، لا ميراثَ لها ، فيكونُ الميراثُ لباقِى الزوجاتِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ وأهلِ العراقِ . والثانية ، تَرِثُ معهُنَّ ولا شىءَ للمَنْكوحةِ . وقال الشافعىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : الميراثُ للمَنْكوحاتِ كُلِّهِنَّ ، ولا شىءَ للمُطَلَّقةِ . وإن تزَوَّجَ الخامسةَ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المُطلَّقةِ ، صَحَّ نِكاحُها . وهل ترِثُ المطلقةُ ؟ على رِوَايتَيْن ؛ إحْداهما ، لا تَرِثُ . وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال : يَلْزَمُ مَنْ قال : يصِحُّ النِّكاحُ فى العِدَّةِ . أن يَرِثَ ثمانِ نِسْوةٍ ، وأن يَرِثَه أُخْتان ، فيكونُ مُسْلِمٌ يَرِثُه ثمانِ نسْوةٍ أو أُخْتان[72] ، وتَوْرِيثُ المُطلَّقاتِ بعدَ العِدَّةِ يَلْزَمُ منه هذا ، أو حِرْمانُ الزَّوجاتِ المَنْصوصِ على مِيراثِهنَّ ، فيكونُ مُنْكَرًا له غيرَ قائلٍ به . فعلَى هذا يكونُ الميراثُ للزَّوْجاتِ دون المُطلَّقةِ . والرِّوايةُ الثانية ، تَرِثُ المُطلَّقةُ . فيُخَرَّجُ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يكونُ الميراثُ بين الخَمْسِ . والثانى ، يكونُ للمُطلَّقةِ والمَنْكوحاتِ الأوائِلِ دُونَ الجَديدةِ ؛ لأنَّ المريضَ ممنوعٌ من أن يَحْرِمَهُنَّ ميراثَهُنَّ بالطَّلاقِ ، فكذلك يُمْنَعُ من تَنْقيصِهِنَّ منه ، وكِلَا الوَجْهَينِ بعيدٌ ؛ أمَّا أحَدُهما فيَرُدُّه نَصُّ الكتابِ على تَوْرِيثِ الزَّوْجاتِ ، فلا يجوزُ مخالَفَتُه بغير نَصٍّ ولا إجْماعٍ ولا قِياسٍ على صورةٍ مخصوصةٍ من النَّصِّ فى مَعْناه ، وأمَّا الآخَرُ فلأنَّ اللهَ تعالى لم

---

(72) فى م : « وأختان » .

يُبِحْ نكاحَ أكثرَ من أربعٍ ، ولا الجَمْعَ بين الأُختَيْنِ . فلا يَجُوزُ أن يَجْتَمِعْنَ فى ميراثِه بالزَّوْجِيَّةِ . وعلى هذا لو طَلَّقَ أربعًا فى مرضِه ، وانْقَضَتْ عِدَّتُهنَّ ، ونكَحَ أربعًا سِواهُنَّ ، ثم مات من مرضِه ، فعلى الأوَّلِ تَرِثُه المَنْكوحاتُ دون المُطلَّقاتِ . وعلى الثانى يكونُ فيه

١٧٦/٦ظ وَجْهان ؛ أحدهما ، أنَّ المِيراثَ كلَّه للمُطلَّقاتِ . وعلى الثانى / هو بين الثَّمانِ . وقال مالكٌ : الميراثُ للمُطلَّقاتِ ، ولا شىءَ للمَنْكُوحاتِ ؛ لأنَّ نكاحَهُنَّ غيرُ صحيحٍ عندَه . وإن صَحَّ من مَرَضِه ، فتزوَّجَ أربعًا فى صِحَّتِه ثم مات ، فالميراثُ لَهُنَّ فى قولِ الجمهورِ ، ولا شىءَ للمُطَلَّقاتِ إلَّا[73] فى قولِ مالكٍ ومَنْ وافقَه . وكذلك إن تزوَّجَتِ المُطلَّقاتُ لم يَرِثْنَ شيئا ، إلَّا فى قَوْلِه وقولِ مَنْ وافقَه . ولو طَلَّقَ أربعًا بعدَ دُخُولِه بِهِنَّ ثلاثًا فى مَرَضِه ، وقال : قد أخْبَرْنَنِى بانْقِضاءِ عِدَّتِهِنَّ . فكَذَّبْنَه ، فلَه أن يَنْكِحَ أربعًا سِواهُنَّ ، إذا كان ذلك فى مُدَّةٍ يُمْكِنُ انْقِضاءُ العِدَّةِ فيها ، ولا يُقْبَلُ قولُه عليهنَّ فى حِرْمانِ الميراثِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وأبى يوسفَ ، واللُّؤْلُؤِىِّ ، إذا كان بعدَ أربعةِ أشهرٍ . وقال زُفَرُ : لا يجوزُ له التَّزويجُ أيضا . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ هذا حُكْمٌ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى لا حَقَّ لهنَّ فيه ، فقُبِلَ قولُه فيه . فعلى هذا إن تزوَّجَ أربعًا فى عَقْدٍ واحِدٍ ، ثم مات ، ورِثَه المُطَلَّقاتُ دون المَنْكُوحاتِ ، إلَّا أنْ يَمُتْنَ قبلَه ، فيكونَ الميراثُ للمَنْكُوحاتِ . وإن أقْرَرْنَ بانْقِضاءِ عِدَّتِهِنَّ ، وقُلْنا : الميراثُ لَهُنَّ بعدَ انْقِضاءِ العِدَّة . فالميراثُ للمَنْكوحاتِ أيضا . وإن مات منهنَّ ثلاثٌ ، فالميراثُ للباقيةِ . وإن مات منهنَّ واحدةٌ ، ومن المَنْكُوحاتِ واحدةٌ أو اثْنَتانِ ، أو مات من المُطلَّقاتِ اثْنَتان ، ومن المَنْكُوحاتِ واحدةٌ ، فالميراثُ لباقِى المُطلَّقاتِ . وإن مات من المُطلَّقاتِ واحدةٌ ومن المَنْكُوحاتِ ثلاثٌ ، أو من المُطلَّقاتِ اثْنَتانِ ، ومن المَنْكُوحاتِ اثْنَتانِ ، أو من المُطلَّقاتِ ثلاثٌ ومن المَنْكُوحاتِ واحدةٌ ، فالميراثُ بين البَواقِى من المُطلَّقاتِ والمَنْكُوحاتِ معا ؛ لأنَّه لو استَأْنفَ العَقْدَ على الباقياتِ من الجميعِ ، جاز فكان صحيحًا . وإن تَزوَّجَ المَنْكُوحاتِ فى أربعَةِ عُقودٍ ، فمات من المُطلَّقاتِ واحدةٌ ،

١٧٧/٦و وَرِثَت مكانَها الأُولى من المَنْكُوحاتِ . وإن مات اثْنَتانِ ، ورِثَتِ الأُولَى / والثانيةُ . وإن مات ثلاثٌ ، ورِثَت الأُولَى والثانيةُ والثالثةُ من المَنْكوحاتِ ، مع مَنْ بَقِىَ من

---

(73) سقط من : م .

المطلَّقاتِ . وهذا على[٧٤] قِياسِ قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ واللؤلؤىِّ . وأمَّا زُفَرُ فلا يَرَى صِحَّةَ نِكاحِ المَنْكوحاتِ حتى يُصدِّقَه المُطلَّقاتُ . وأمَّا الشافعىُّ فيُباحُ عنده التَّزويجُ فى عِدَّةِ المُطلَّقاتِ ، فعلَى قولِه إذا طَلَّقَ أربعًا ، ونَكَحَ أربعًا ، فى عَقْدٍ أو عُقودٍ[٧٥] ، ثم مات من مَرَضِه فالميراثُ للمَنْكوحاتِ . وعلى قولِه القَديمِ يُخَرَّجُ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، أنَّ الميراثَ بين الثَّمانِ . والثانى ، أنَّ الميراثَ للمُطلَّقاتِ دون المَنْكُوحاتِ . فإن مات بعضُ المُطلَّقاتِ ، أو انقَضَتْ عِدَّتُهن فلِلْمَنْكُوحاتِ ميراثُ المَيِّتاتِ . وإن ماتت واحدةٌ فلِلزَّوجاتِ رُبْعُ ميراثِ النِّساءِ . وإن ماتَتِ اثْنَتانِ فللزَّوْجاتِ نصفُ المِيراثِ . فإن مات ثلاثٌ ، فلهنَّ ثلاثةُ أرباعِ الميراثِ إنْ كان نِكاحُهُنَّ فى عَقْدٍ واحدٍ . وإن كان فى عُقودٍ مُتَفَرِّقةٍ ، فإذا ماتت واحدةٌ من المُطلَّقاتِ ، فميراثُها للأُولى من المَنْكُوحاتِ ، ومِيراثُ الثانيةِ للثانيةِ ، ومِيراثُ الثالثةِ للثالثةِ .

فصل : إذا قال الرجلُ لنِسائه : إحْداكُنَّ طالقٌ . يعنى واحدةً بعَيْنِها ، طَلُقَتْ وحدَها ، ويُرْجَعُ إلى تَعْيينه ، ويُؤْخَذُ بنَفَقَتِهِنَّ كُلِّهنَّ إلى أن تُعَيَّنَ . وإن كان الطلاقُ بائنًا ، مُنِعَ منهنَّ إلى أن يُعَيِّنَ . فإن قال : أرَدْتُ هذه . طَلُقَت وحدَها . وإن قال : لم أُرِدْ هؤلاءِ الثلاث . طَلُقَتِ الرابعةُ . وإن عاد ، فقال : أخطأْتُ ، إنَّما أرَدْتُ هذه . طَلُقَتِ الأُخرَى . وإن مِتْنَ أو إحْداهنَّ قبلَ أن يُبيِّنَ ، رُجِعَ إلى قولِه ، فمَن أقَرَّ بطَلاقِها حَرَمْناه مِيراثَها ، وأحْلَفْناه لوَرَثةِ مَنْ لم يُعَيِّنْها . وهذا قولُ الشافعىِّ . وإن لم يَعْنِ بذلك واحدةً بعَيْنِها ، أو ماتَ[٧٦] قبلَ التَّعيينِ ، أُخرِجَتْ بالقُرْعةِ ، وكذلك إن طَلَّقَ واحدةً / من نِسائِه بعَيْنِها ، فأُنْسِيَها ، فمات ، أُخرِجَت بالقُرْعةِ ، فمَن تَقَعُ عليها القُرْعةُ فلا مِيراثَ لها . رُوِىَ ذلك عن علِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ . ورَوَى عطاءٌ ، عن ابنِ عباسٍ ، أن رَجُلًا سأله فقال : إنَّ لى ثلاثَ نِسْوةٍ ، وإنِّى طَلَّقْتُ إحْداهُنَّ فبَتَتُّ

٦/١٧٧ظ

---

(٧٤) سقط من : ا .

(٧٥) فى م : « وعقود » .

(٧٦) فى ا ، م : « ماتت » .

طَلَاقَها . فقال ابنُ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه : إن كنتَ نَوَيْتَ واحدةً منهنّ بعَيْنِها ثم أُنْسِيتَها ، فقد اشْتَرَكْنَ فى الطَّلاقِ ، وإن لم تكنْ نَوَيْتَ واحدةً بعَيْنِها ، فطَلِّقْ أيَّتَهُنَّ شِئْتَ . وقال الشافعىُّ ، وأهْلُ العراقِ : يُرْجَعُ إلى تَعْيِينه فى المسائلِ كُلِّها . فإن وَطِئَ إحداهُنَّ كان تَعْيِينًا لها بالنِّكاحِ ، فى قولِ أهلِ العراقِ ، وبعضِ أصحابِ الشافعىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال الشافعىُّ : لا يكونُ تَعْيِينًا . فإن مات قبلَ أن يُبَيِّنَ ، فالميراثُ بينهنَّ كُلِّهِنَّ ، فى قولِ أهلِ العراقِ . وقال مالكٌ : يَطْلُقْنَ كُلُّهُنَّ ، ولا ميراثَ لَهُنَّ . وقال الشافعىُّ : يُوقَفُ مِيراثُهُنَّ ، وإن كان الطلاقُ قبل الدُّخولِ دَفَعَ إلى كل واحدةٍ نِصْفَ مَهْرٍ ، ووَقَفَ الباقىَ فى مُهُورِهِنَّ . وقال داودُ : يَبْطُلُ حُكْمُ طَلاقِهِنَّ ؛ لمَوْضِعِ الجَهالةِ ، ولكل واحدةٍ مَهْرٌ كاملٌ ، والميراثُ بَيْنَهُنَّ . وإن مُتْنَ قبلَه ، طَلُقَتِ الآخِرَةُ ، فى قولِ أهلِ العراقِ . وقال الشافعىُّ : يُرْجَعُ إلى تَعْيِينِه ، على ما ذكَرْناه . ولَنا ، قولُ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ولا يُعارِضُه قولُ ابنِ عباسٍ ؛ لأنَّ ابنَ عباسٍ يَعْتَرِفُ لعلىٍّ بتَقْديمِ قولِه ، فإنَّه قال : إذا ثَبَتَ لنا عن علىٍّ قولٌ ، لم نَعْدُه إلى غيرِه . وقال : ما عِلْمِى إلى عِلْمِ علىٍّ ، إلَّا كالقَرارةِ إلى المُثْعَنْجَرِ[77] . ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ عن الآدَمِىِّ ، فتُسْتَعْمَلُ فيه القُرْعةُ عندَ الاشْتِباه ، كالعِتْقِ . وقد ثَبَتَ[78] ذلك فى العِتْقِ بخَبَرِ عِمْرانَ بن الحُصَيْنِ[79] . ولأنَّ الحُقوقَ تَساوتْ على وجهٍ تَعذَّرَ تَعْيِينُ المُسْتَحِقِّ فيه من غيرِ قُرْعةٍ ، فيَنْبَغِى أن تُسْتَعْمَلَ فيه القُرْعةُ ، كالقِسْمةِ والسَّفَرِ[80] بين النِّساءِ ، فأمَّا / قَسْمُ الميراثِ بين الجميعِ ، ففيه دَفْعٌ إلى إحْداهُنَّ مالا تَسْتَحِقُّه ، وتَنْقِيصُ بَعْضِهِنَّ حَقَّها يقينًا ، والوَقْفُ إلى غيرِ غايةٍ تَضْيِيعٌ لحُقُوقِهِنَّ ، وحِرْمانُ الجميعِ مَنْعُ الحَقِّ عن صاحِبه يَقِينًا . ولو كان له امْرأتانِ ، فطَلَّقَ إحْداهُما ، ثم ماتَتْ إحداهما ، ثم مات ، أُقْرِعَ بينهما ، فمن

١٧٨/٦ و

(٧٧) المثعنجر : وسط البحر .

(٧٨) فى م : « بينت » .

(٧٩) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٩٥ .

(٨٠) فى م : « فى السفر » .

وَقعتْ عليها قُرعةُ الطلاقِ لم يَرِثْها إن كانت المَيِّتةُ ، ولم تَرِثْهُ إن كانت الأُخرَى . وفى قولِ أهلِ العراقِ : يرِثُ الأُولَى ، ولا تَرِثُه الأُخرَى . وللشافِعيِّ قَوْلان ؛ أحدهما ، يَرْجِعُ إلى تَعْيِينِ الوارثِ ، فإن قال : طَلَّقَ المَيِّتةَ . لم يَرِثْها ، ووَرِثَتْهُ الحَيَّةُ . وإن قال : طَلَّقَ الحيَّةَ . حَلَفَ على ذلك ، وأخَذَ مِيراثَ المَيِّتةِ ، ولم تُوَرَّثِ الحَيَّةُ . والقولُ الثانى ، يُوقَفُ من مالِ المَيِّتةِ مِيراثُ الزَّوجِ ، ومن مالِ الزَّوجِ ميراثُ الحَيَّةِ . وإن كان له امرأتان قد دَخَلَ بإحْداهما دون الأُخرَى ، وطَلَّقَ إحداهما لا بِعَيْنِها ، فمَن خَرجت لها القُرْعةُ فلها حُكْمُ الطَّلاقِ ، وللأُخرَى حُكْمُ الزَّوْجِيَّةِ . وقال أهلُ العراقِ : للمَدْخُولِ بها ثلاثةُ أرباعِ الميراثِ إن مات فى عِدَّتِها ، وللأُخرَى رُبْعُه ؛ لأنَّ للمَدْخُولِ بها نِصْفَه بيَقِينٍ ، والنِّصْفُ الآخرُ يَتَداعيانِه ، فيكونُ بينهما . وفى قولِ الشَّافِعِيِّ : النِّصْفُ للمَدْخُولِ بها ، والثانى مَوْقوفٌ . وإن كانتا مَدْخُولًا بهما ، فقال فى مرضِه : أرَدْتُ هذه . ثم مات فى عِدَّتِها ، لم يُقْبَلْ قولُه ؛ لأنَّ الإقرارَ بالطَّلاقِ فى المرضِ كالطَّلاقِ فيه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ وأبى يوسفَ . وقال زُفَرُ : يُقْبَلُ قولُه ، والميراثُ للأُخرى . وهو قياسُ قولِ الشافعيِّ . ولو كان للمريضِ امرأةٌ أُخرَى سِوَى هاتَيْنِ ، فلها نِصْفُ الميراثِ ، وللاثْنَتَيْنِ نِصْفُه . وفى قولِ الشافعيِّ نِصْفُه مَوْقوفٌ .

فصل : ولو كان له أرْبَعُ نِسْوةٍ ، فطَلَّقَ إحداهُنَّ غيرَ مُعَيَّنةٍ ، ثم نَكَحَ خامسةً بعدَ انقضاءِ عِدَّتِها ، ثم مات ولم يُبَيِّنْ ، فللخامسةِ رُبْعُ المِيراثِ والمَهْرُ ، ويُقْرِعُ بين الأرْبعِ . وقال أهلُ العراقِ : لَهُنَّ ثلاثةُ أرباعِ الميراثِ / بَينهنَّ . وإن كُنَّ غيرَ مدخولٍ بِهِنَّ ، فلَهُنَّ ثَلاثةُ مُهورٍ ونِصْفٌ . وفى قولِ الشافعيِّ ، يُوقَفُ ثلاثةُ أرباعِ الميراثِ ، ومَهْرٌ ونِصْفٌ بين الأرْبعِ ، فإن جاءت واحدةٌ تَطْلُبُ مِيراثَها لم تُعْطَ شيئًا . وإن طَلَبَه اثْنتانِ دُفِعَ إليهما رُبْعُ المِيراثِ ، وإن طلبَه ثلاثٌ دُفِعَ إليهنَّ نِصْفُه ، وإن طلبَه الأرْبعُ دُفِعَ إليهنَّ . ولو قال بعد نِكاحِ الخامسةِ : إحْداكُنَّ طالِقٌ . فعلى قولِهم ، للخامسةِ رُبْعُ المِيراثِ ؛ لأنَّها شَرِيكةُ ثلاثٍ ، وباقِيه بين الأرْبعِ كالأُولى ، وللخامسةِ سَبْعةُ أثْمانِ مَهْرٍ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ نَقَصها وثلاثًا معها نِصْفَ مَهْرٍ ، ويَبْقَى للأربعِ ثلاثةٌ وثُمنٌ بينهنَّ ، فى قولِ أهلِ العراقِ . فإن تَزَوَّجَ بعدَ ذلك سادسةً ، فلها رُبْعُ المِيراثِ ، ومهرٌ كاملٌ ، وللخامسةِ ربعُ ما بَقِىَ وسَبْعةُ أثْمانِ مَهْرٍ ، وللأربعِ ما بَقِىَ وثلاثةُ مُهورٍ وثُمنٌ ، ويكونُ الرُّبعُ مَقْسُومًا على أربعةٍ

١٧٨/٦ظ

وستّين . فإن قال بعد ذلك : إحداكُنّ طالقٌ . لم يَختَلِف الميراثُ ، ولكن تَختَلِفُ المُهورُ ، فللسّادسةِ سبعةُ أثْمانِ مَهْرٍ ، وللخامسةِ خمسةٌ وعشرونَ جزءًا من اثنينِ وثلاثينَ من مَهْرٍ ، ويَبْقَى للأربعِ مَهرانِ وسبعةٌ وعشرونَ جزءًا من مَهْرٍ . وعندَ الشافعيِّ يُوقَفُ ربعُ الميراثِ بين السّتِّ ، وربعٌ آخرُ بين الخمسِ ، وباقِيه بين الأربعِ ، ويوقفُ نصفُ مَهْرٍ بين السّتِّ ، ونصفٌ بين الخَمْسِ ، ونصفٌ بين الأربعِ ، ويُدْفَعُ إلى كل واحدةٍ نِصفٌ .

باب الاشْتِراكِ فى الطُّهْرِ

إذا وَطِئَ رجلانِ امرأةً فى طُهْرٍ واحدٍ وَطْئًا يَلْحَقُ النَّسَبُ من مثْلِه ، فأتَتْ بولَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، مثل أن يَطَأَ الشّرِيكانِ جارِيَتَهما المُشْتَرَكَةَ ، أو يَطَأَ الإنسانُ جارِيَتَه ثم يَبِيعَها قبلَ أن يَسْتَبْرِئَها ، فيَطَؤُها المُشْتَرِى قبلَ اسْتِبْرائِها ، أو يَطؤُها رجلانِ بشُبْهَةٍ ، أو يُطَلِّقَ رجلٌ امرأتَه فيتزوَّجها غيرُه فى عِدَّتِها ويَطَأُها ، أو يطَأُ إنسانٌ جارِيةَ آخرَ أو امرأتَه بشُبْهةٍ فى الطُّهْرِ الذى وَطِئَها فيه / سيِّدُها أو زَوْجُها ، ثم تأْتِى بولدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، فإنَّه يُرَى القافةَ معهما . وهذا قولُ عطاءٍ ، ومالكٍ ، واللَّيثِ ، والأوْزاعِىِّ ، والشّافعىِّ ، وأبى ثورٍ ، فإن ألْحَقَتْه بأحدِهما ، لَحِقَ به ، وإن نَفَتْه عن أحدِهما ، لَحِقَ الآخَرَ ، وسواءٌ ادَّعَياه أو لم يَدَّعِياه ، أو ادَّعاه أحدُهما وأنْكَره الآخرُ ، وإن أُلحقَتْه القافةُ بهما ، لَحِقَهما وكان ابنَهما . وهذا قولُ الأوْزاعىِّ ، والثّورِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . ورواه بعضُ أصحابِ مالكٍ عنه . وقال مالكٌ : لا يُرَى ولدُ الحُرَّةِ للقافةِ[81] ، بل يكونُ لصاحبِ الفِراشِ الصَّحِيحِ دُونَ الواطئِ بشُبْهةٍ . وقال الشافعىُّ : لا يُلْحَقُ بأكثرَ من واحدٍ ، فإن ألحقَتْه القافةُ بأكثرَ من واحدٍ ، كان بمَنْزِلَةِ أن لا يُوجَدَ قافةٌ . ومتى لم يُوجَدْ قافةٌ ، أو أُشْكِلَ عليها ، أو اخْتَلَفَ القائفانِ فى نَسَبِه ، فقال أبو بكر : يَضِيعُ نَسَبُه ، ولا حُكْمَ

١٧٩/٦و

---

(٨١) فى ا : « القافة » .

لِاخْتيارِه ، ويَبْقَى على الجَهالةِ أبدًا . وهو قولُ[٨٢] مالكٍ . وقال ابنُ حامدٍ : يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ فيَنْتَسِبَ إلى أحدِهما . وهو قولُ الشافعيِّ الجديد ، وقال فى القديمِ : يُتْرَكُ حتى يُمَيِّزَ ، وذلك لِسَبْعٍ أو ثمانٍ ، فيَنْتَسِبَ إلى أحدِهما ، ونفقتُه عليهما ، إلى أن يَنْتَسِبَ إلى أحدِهما ، فيَرْجِعَ الآخرُ عليه بما أنْفَقَ . وإذا ادَّعَى اللَّقِيطَ اثنانِ ، أُرِيَ القافةَ معهما . وإن مات الولدُ المُدَّعَى فى هذه المواضعِ قبلَ أن يُرَى القافةَ ، وله ولدٌ ، أُرِيَ ولدهُ القافةَ مع المُدَّعِينَ . ولو مات الرَّجُلانِ أُرِيَ القافةَ مع عَصَبَتِهما . وإن ادَّعاه أكثرُ من اثْنَيْنِ ، فألحقَتْه القافةُ بهم ، لَحِقَ . وقد نَصَّ أحمدُ على أنَّه يُلْحَقُ بثلاثةٍ ، ومُقْتَضَى هذا أن[٨٣] يُلْحَقَ بهم وإن كَثُرُوا . وقال القاضى : لا يُلْحَقُ بأكثرَ من ثلاثةٍ . وهو قولُ محمدِ بن الحسنِ . ورُوِىَ عن أبى يوسفَ . وقال ابنُ حامدٍ : لا يُلْحَقُ بأكثرَ من اثْنَيْنِ . ورُوِىَ أيضا عن أبى يوسفَ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، وشَرِيكٌ ، ويحيى بن آدَمَ : لا حكمَ للقافةِ ، بل إذا سَبَقَ أحدُهما بالدَّعْوَى[٨٤] ، فهو ابنُه . / فإن ادَّعَياه معا ، فهو ابْنُهما . وكذلك إن كَثُرَ الواطِئُون وادَّعَوْه معا ، فإنَّه يكونُ لهم جميعا . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قَضَى فى ذلك بالقُرْعةِ واليَمِينِ . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، وإسحاقُ . وعن أحمدَ نحوُه إذا عُدِمَت القافةُ . وقد ذَكَرْنا أكثرَ هذه المسائلِ مَشْرُوحةً مَدْلُولًا عليها فى مواضِعِها ، والغرضُ هٰهُنا ذِكْرُ مِيراثِ المُدَّعَى ، والتَّوْرِيثُ منه ، وبيانُ مَسائِله .

١٧٩/٦ ظ

مسألة : إذا أُلْحِقَ باثْنَيْنِ ، فمات ، وتَرَكَ أُمَّه حُرَّةً ، فلها الثُّلُثُ ، والباقِى لهما ، فإن كان لكلِّ واحدٍ منهما ابنٌ سِواهُ ، أو لأحدِهما ابْنانِ ، فلأُمِّه السُّدُسُ . فإن مات أحدُ الأبوَيْنِ ، وله ابنٌ آخرُ ، فمالُه بينهما نِصْفَيْنِ ، فإن مات الغلامُ بعدَ ذلك ، فلأُمِّه السدسُ ، والباقى للباقى من أبَوَيْه ، ولا شىءَ لإخْوَتِه ؛ لأنَّهما مَحْجُوبانِ بالأبِ الباقى . فإن كان الغلامُ تَرَكَ ابنًا ، فللباقِى من الأبوينِ السدسُ ، والباقى لِابْنِه . وإن مات قبلَ

---

(٨٢) سقط من : م .

(٨٣) فى م : « أنه » .

(٨٤) فى الأصل ، ا : « بالدعوة » .

أَبَوَيْه ، وترك ابنًا ، فلهما جميعًا السدسُ ، والباق لِابنِه . فإن كان لكلّ واحدٍ منهما أبوانِ ، ثم ماتَا ، ثم ماتَ الغلامُ وله جَدّةٌ أُمُّ أُمٍّ وابنٌ ، فلأُمِّ أُمِّه نصفُ السُّدسِ ، ولأُمِّي المُدَّعِيَيْنِ نِصْفُه ، كأنَّهما جَدَّةٌ واحدةٌ ، وللجَدَّيْنِ السُّدُسُ ، والباق للابنِ ، فإن لم يكُن ابنٌ، فللجَدَّيْنِ الثلثُ ؛ لأنَّهما بمنزلةِ جَدٍّ واحدٍ ، والباق للأخوَيْنِ . وعند أبى حنيفةَ ، الباق كلُّه للجَدَّيْنِ ؛ لأنَّ الجَدَّ يُسْقِطُ الإخوةَ . وإن كان المُدَّعِيان أخوَيْنِ ، والمُدَّعَى جاريةً ، فماتا وخَلَّفا أباهما ، فلهما من مالِ كلِّ واحدٍ نِصْفُه ، والباق للأبِ . فإن مات الأبُ بعدَ ذلك فلها النصفُ ؛ لأنَّها بنتُ ابنٍ . وحَكَى الخَبْرِيُّ عن أحمدَ وزُفَرَ وابنِ أبى زائدةَ[٨٥]، أنَّ لها الثُّلُثينِ ؛ لأنَّها بنتُ ابْنَيْه[٨٦] فلها ميراثُ بِنْتَى ابنٍ ، وإن كان المُدَّعِي ابنًا ، فمات أبَواهُ ، ولأحدِهما بنتٌ ، ثم مات أبوهُما ، فميراثُه بين الغلامِ والبنتِ على ثلاثةٍ . وعلى القولِ الآخرِ ، على خمسةٍ ؛ لأنَّ الغلامَ يضْرِبُ / بنَصيبِ ابْنَي ابْنٍ . وإن كان لكلِّ واحدٍ منهما بنتٌ ، فللغُلامِ من مالِ كلِّ واحدٍ منهما ثُلُثاه ، وله من مالِ جَدِّه نِصْفُه . وعلى القولِ الآخرِ ، له ثُلُثاه ، ولهما سُدْساه . وإن كان المُدَّعِيان رَجُلًا وعَمَّهُ ، والمُدَّعَى جاريةً ، فماتا ، وخَلَّفا أبَوَيْهما ، ثم مات أبو الأصْغرِ، فلها النِّصْفُ ، والباق لأبِي العَمِّ ؛ لأنَّه أبوه . وإذا مات أبو العَمِّ ، فلها النِّصْفُ من مالِه أيضا . وعلى القولِ الآخرِ ، لها الثُّلُثان ؛ لأنَّها بنتُ ابنٍ وبنتُ ابْنِ ابْنٍ . وإن كان المُدَّعِي رجلًا وابْنَه ، فمات الابنُ ، فلها نِصْفُ مالِه . وإذا مات الأبُ فلها النِّصْفُ أيضا . وعلى القولِ الآخرِ لها الثُّلُثانِ . وقال أبو حنيفةَ : إذا تَداعَى الأبُ وابْنُه ، قُدِّمَ الأبُ ، ولم يكُنْ للابنِ شيءٌ . وإن مات الأبُ أوَّلًا ، فمالُه[٨٧] بين ابنِه وبينهما على ثلاثةٍ ، ثم تأخذُ نصفَ مالِ الأصْغرِ ، لكَوْنِها بِنْتَه ، وباقِيه لأنَّها أخْتُه ، وفى كلِّ ذلك إذا لم يَثْبُتْ نَسَبُ المُدَّعِي ، وُقِفَ نَصيبُه ، ودُفِعَ إلى كلِّ وارثٍ اليَقينُ ، ووُقِفَ الباقِي حتى يثْبُتَ نَسَبُه أو يَصْطَلِحُوا . فلو كان المُدَّعُون ثلاثةً ، فمات أحَدُهم ، وتَرَكَ ابنًا وألْفًا ، ثم مات الثانى ، وترَكَ ابنًا

٦/١٨٠و

---

(٨٥) يحيى بن زكريا بن خالد (أبى زائدة) الهمدانى الوادعى مولاهم الحنفى ، أفقه أهل الكوفة فى زمانه ، توفى سنة اثنتين ، وقيل : ثلاث ومائتين . الجواهر المضية ٣ / ٥٨٥ ، ٥٨٦ .

(٨٦) فى ا ، م : « ابنته » .

(٨٧) فى م : « فما » .

وألفين ، ثم مات الثالثُ ، وترَك ابنا وعِشرِينَ ألفًا ، (٨٨ثم مات الغُلامُ٨٨) ، وترك أربعةَ آلافٍ ، وأُمًّا حُرَّةً ، وقد ألحقَتْه القافةُ بهم ، فقد ترَك خمسةَ عشرَ ألفًا وخمسمائة ، فلأُمِّه سُدُسُها ، والباقى بين إخوتِه الثلاثةِ أثلاثًا . وإن كان موتُهم قبلَ ثُبوتِ نسَبِه ، دُفِعَ إلى الأُمِّ(٨٩) ثُلُثُ تَرِكَتِه ، وهو ألفٌ وخمسُمائة ؛ لأنَّ أدْنَى الأحْوالِ أن يكونَ ابنَ صاحبِ الألْفِ ، فيَرِثُ منه خمسَمائةٍ ، وقد كان وُقِفَ له من مالِ كلِّ واحدٍ من المُدَّعِين نِصْفُ مالِه ، فيُرَدُّ إلى ابنِ صاحبِ الألْفِ ، وابنِ صاحبِ الألْفَيْنِ ، ما وُقِفَ من مالِ أبوَيْهما ؛ لأنَّه إن(٨٩) لم يكُنْ أخًا لهما فذلك لهما من مالِ(٩٠) أبوَيْهِما ، وإن كان أخًا أحدِهما ، / فهو يَسْتَحِقُّ ذلك ، وأكثرَ منه بإرْثِه منه ، ويُرَدُّ على ابنِ الثالثِ تِسْعَةُ آلافٍ وثُلُثُ ألفٍ ، ويَبْقَى ثُلُثا ألفٍ مَوْقُوفةً بينه وبين الأُمِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ أخاه ، فيكونُ قد مات عن أربعةَ عشرَ ألفًا ، لأُمِّه ثُلُثُها ، ويَبْقَى من مالِ الابنِ ألفانِ وخمسُمائة مَوْقوفةً يَدَّعِيها ابنُ صاحبِ الألْفِ كلَّها ، ويَدَّعِى منها ابنُ صاحبِ الألْفَيْنِ ألفَيْنِ وثُلُثًا ، فيكونُ ذلك موقوفًا بينهما وبين الأُمِّ ، وسُدسُ الألْفِ بين الأُمِّ وابنِ صاحبِ الألْفِ . فإن ادَّعَى أخَوانِ ابْنًا ، ولهما أبٌ ، فمات أحدُهما ، وخلَّفَ بنتًا ، ثم مات الآخرُ قبلَ ثُبوتِ نسَبِ المُدَّعَى ، وُقِفَ من مالِ الأوَّلِ خمسةُ أتْساعِه ، منها تُسْعانِ بين الغلامِ والبنتِ ، وثلاثةُ أتساعٍ بينه وبين الأبِ ، ويُوقَفُ من مالِ الثانى خمسةُ أسْداسٍ بينَه وبين الأبِ . فإن مات الأبُ بعدَهما ، وخلَّفَ بنتًا ، فلها نصفُ مالِه ، ونصفُ ما وَرِثَه عن ابْنتِه ، والباقى بين الغُلامِ وبنتِ الابْنِ ؛ لأنَّه ابنُ ابْنِه بيَقِينٍ ، ويُدْفَعُ إلى كلِّ واحدٍ منهم من المَوْقُوفِ اليقينُ ، ويُوقَفُ الباقى ، فتُقَدِّرُه مَرَّةً ابنَ صاحبِ البنتِ ، ومرةً ابنَ الآخرِ ، وتَنْظُرُ مالَه من كلِّ واحدٍ منهم فى الحالَيْنِ ، فتُعْطِيه أقلَّهما ، فللغُلامِ فى حالِ كُلٍّ(٩٠) المَوْقُوفِ من مالِ

٦/١٨٠ظ

(٨٨ – ٨٨) سقط من : م .

(٨٩) فى م : « الإمام » .

(٩٠) سقط من : م .

الثانى ، وخُمْسُ المَوْقُوفِ من مالِ الأَوَّلِ ، وفى حالٍ كلُّ الموقوفِ من مالِ الأَوَّلِ ، وثُلُثُ المَوْقُوفِ من الثانى ، فله أقلُّهما ، ولبنتِ المَيِّتِ الأَوَّلِ فى حالٍ النِّصْفُ من مالِ أَبِيها ، وفى حالٍ السُّدُسُ من مالِ عَمِّها ، ولِبنْتِ الأَبِ فى حالٍ نِصْفُ المَوْقوفِ من مالِ الثانى ، وفى حالٍ ثلاثةُ أعْشارٍ[91] من مالِ الأَوَّلِ ، فتَدْفَعُ إليها أقلَّهما ، ويَبْقَى باقِى التَّرِكَةِ مَوْقُوفًا بينهم حتى يَصْطَلِحُوا عليه . ومن الناسِ مَن يُقَسِّمُه بينهم على حَسَبِ الدَّعاوَى . ومتى اخْتَلَفَتْ أجْناسُ التَّرِكةِ ، ولم يَصِرْ بعضُها[92] قصاصًا عن بعض ، قُوِّمَتْ ، وعُمِلَ فى قِيمَتِها على ما بَيَّنَّا / فى الدَّراهِمِ إن تَرَاضَوْا على ذلك ، أو يَبِيعُ الحاكمُ عليهم ليَصِيرَ الحقُّ كلُّه من جِنْسٍ واحدٍ ، لما فيه من الصَّلَاحِ لهم ، ويُوقَفُ الفَضْلُ المشكوكُ فيه بينهم على الصُّلْحِ . ولو ادَّعَى اثنانِ غلامًا ، فألْحقَتْه القافةُ بهما ، ثم مات أحدُهما ، وترَكَ ألفًا وبنْتًا وعَمًّا ، ثم مات الآخَرُ ، وتَرَكَ ألْفَيْنِ وابْنَ ابنٍ ، ثم مات الغلامُ ، وترَكَ ثلاثةَ آلافٍ وأُمًّا ، كان للبنتِ من تَرِكةِ أبيها ثُلُثُها ، وللغلامِ ثُلُثاها ، وتَرِكةُ الثانى كلُّها له ؛ لأنَّه ابْنُه ، فهو أحَقُّ من ابنِ الابنِ ، ثم مات الغلامُ عن خمسةِ آلافٍ وثُلُثَىْ ألِفٍ ، فلأُمِّه ثلثُ ذلك ، ولأُخْتِه نِصْفُه ، وباقِيه لِابْنِ الابنِ ؛ لأنَّه ابنُ أخِيه ، ولا شىءَ لِلْعَمِّ . وإن لم يَثْبُتْ نَسَبُه ، فلابْنةِ الأَوَّلِ ثلثُ الألِفِ ، ويُوقَفُ ثُلُثاها وجَمِيعُ تَرِكةِ الثانى . فإذا مات الغلامُ ، فلأُمِّه من تَرِكَتِه ألْفٌ وتُسْعَا ألِفٍ ؛ لأنَّ أقلَّ أحوالِه أن يكونَ ابنَ الأَوَّلِ ، فيكونُ قد مات عن ثلاثةِ آلافٍ وثُلُثَىْ ألِفٍ ، ويُرَدُّ المَوْقُوفُ من مالِ أبى البِنْتِ على البنتِ والعَمِّ ، فيَصْطَلِحانِ عليه ؛ لأنَّه لهما ، إمَّا عن صاحِبِهما أو الغُلامِ ، ويُرَدُّ الموقوفُ من مالِ الثانى إلى ابنِ ابْنِه ؛ لأنَّه له إمَّا عن جَدِّه ، وإمَّا عن عَمِّه ، وتُعْطَى الأُمُّ من تَرِكةِ الغلامِ ألفًا وتُسْعَىْ ألِفٍ ؛ لأنَّه أقلُّ مالها ، ويَبْقَى ألفٌ وسبعةُ أتْساعِ ألِفٍ تَدَّعِى الأُمُّ منها أربعةَ أتْساعِ ألِفٍ ، تَمامَ ثُلُثِ خمسةِ آلافٍ ، ويَدَّعِى منها ابنُ الابْنِ ألفًا وثُلُثًا ، تَمامَ

(91) فى م : « أعشاره » .

(92) فى م : « بعضهم » .

ثُلُثَىْ خَمْسة آلافٍ ، وتَدَّعِى البنتُ والعَمُّ جميعَ الباقِى ، فيكونُ ذلك موقوفًا بينهم حتى يَصْطَلِحُوا . ولو كان المولودُ فى يَدَىِ امْرأتَيْنِ فادَّعَياه[93] معًا ، أُرِىَ القافةَ معهما ، فإن أَلْحَقَتْه بإحداهُما ، لَحِقَ بها ووَرِثَها ، ووَرِثَتْه فى إحْدَى الرِّواياتِ . وإن ألحقتْه بهما ، أو نَفَتْه عنهما ، لم يَلْحَقْ بواحدةٍ منهما . وإن قامت لكلِّ واحدةٍ منهما بَيِّنةٌ ، تعارَضَتا ، ولم تُسْمَعْ بَيِّنَتُهما . وبهذا قال أبو يوسفَ ، / واللُّؤْلُؤِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَثْبُتُ نَسَبُه منهما ، ويَرِثانِه ميراثَ أُمٍّ واحدةٍ ، كما يُلْحَقُ برَجُلَيْنِ . ولَنا ، أنَّ إحْدَى البِنْتَيْنِ كاذِبةٌ يَقِينًا ، فلم تُسْمَعْ ، كما لو عُلِمَتْ ، ومن ضَرُورةِ رَدِّها رَدُّهما ؛ لعَدَمِ العِلْمِ بعَيْنِها ، ولأنَّ هذا مُحالٌ ، فلم يَثْبُتْ بِبَيِّنَةٍ ولا غيرِها ، كما لو كان الولدُ أكبرَ منهما . ولو أنَّ امرأةً معها صَبِىٌّ ، ادَّعاه رَجُلانِ ، كلُّ واحدٍ يَزْعُمُ أنَّه ابْنُه منها ، وهى زَوْجَتُه ، فكَذَّبَتْهُما ، لم يَلْحَقْهُما ، وإن صَدَّقَتْ أحَدَهُما ، لَحِقَه ، كما لو كان بالغًا ، فادَّعَياه ، فصَدَّقَ أحَدَهُما . ولو أنَّ صَبِيًّا مع امرأةٍ ، فقال زَوْجُها : هو ابْنِى من غيرِكِ . فقالت : بل هو ابْنِى منكَ . لَحِقَهُما جميعا .

٦/١٨١ظ

(٩٣) فى ا : « فادعتاه » .

كتاب الوَلَاء

قال اللهُ تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُواْ آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾[1]. يعنى الأَدْعِياء. وقال النبىُّ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[2]. وقال سعيدٌ: حدثنا سُفْيانُ، عن عبدِ اللهِ بن دِينار، عن ابن عمرَ، قال: نَهَى رسولُ الله ﷺ عن بَيْعِ الوَلَاءِ، وعن هِبَتِه. مُتَّفَقٌ عليهما[3]. وقال النَّبِىُّ ﷺ: «لَعَنَ اللهُ مَنْ تَوَلَّى غيرَ مَوَالِيهِ»[4]. قال التِّرمِذِىُّ: هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ. وقال ﷺ: «مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُم»[5]. حديث صحيح. ورَوَى الخَلَّالُ، بإسْنادِه عن إسماعيلَ بن أبى خالِدٍ، عن عبدِ الله ابن

---

(1) سورة الأحزاب ٥ .

(2) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الولاء وهبته ، من كتاب العتق ، وفى : باب إثم من تبرأ من مواليه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٣ / ١٩٢ ، ٨ / ١٩٢ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الولاء وهبته ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الولاء وهبته ، من أبواب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى النهى عن بيع الولاء وهبته ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٤٥ ، ٨ / ٢٨٤ ، ٢٨٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الولاء ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الولاء وعن هبته ، من كتاب الفرائض ٢ / ٩١٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الولاء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٢٥٦ ، ٣٩٨ . والموطأ ، فى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢ / ٧٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٩ ، ٧٩ .

(4) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٣١٧ .

(5) تقدم فى : ٤ / ١١٠ . ويضاف إليه للفظ الحديث هنا : وأخرجه البخارى ، فى : باب مولى القوم من أنفسهم ... ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨ / ١٩٣ . والدارمى ، فى : باب فى مولى القوم .... ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢ / ٢٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٤٨ ، ٤ / ٣٤٠ .

أبى أَوْفَى . قال : قال لى(٦) النَّبِىُّ ﷺ : « الوَلَاءُ لُحمةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ »(٧) .

● ١٠٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، وإنْ اخْتَلَفَ دِينَاهُمَا)

أَجْمعَ أهلُ العلمِ على أنَّ مَن أعْتقَ عَبْدًا ، أو عَتَقَ عليه ، ولم يَعْتِقْه سَائِبَةً(١) ، أنَّ له عليه الوَلَاءَ . والأصلُ فى هذا قولُ النبىِّ ﷺ : /« الوَلَاءُ لمن أَعْتَقَ »(٢) . وأَجْمَعُوا أيضا على أنَّ السَّيِّدَ يَرِثُ عَتِيقَه إذا مات جَمِيعَ مالِه ، إذا اتَّفَقَ دِيناهُما ، ولم يَخْلُفْ وارِثًا سِوَاه ؛ وذلك لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « الوَلَاءُ لُحْمةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ »(٣) . والنَّسَبُ يُورَثُ به ، ولا يُورَثُ ، كذلك الوَلَاءُ . ورَوَى سعيدٌ(٤) ، عن عبدِ الرَّحمنِ بن زِيَادٍ ، حَدَّثنا شُعْبةُ ، عن الحَكَمِ ، عن عبدِ الله بن شَدَّادٍ ، قال : كان لِبِنْتِ حَمْزَةَ مَوْلًى أَعْتَقَتْه ، فمات ، وتَرَك ابْنَتَه ومَوْلَاته ، فأعْطَى النبىُّ ﷺ ابْنَتَه النِّصْفَ ، وأعْطَى مَوْلَاته بنتَ حَمْزَةَ النِّصْفَ . قال(٥) : وحدَّثنا خالدُ بن عبدِ الله ، عن يُونُسَ ، عن الحسنِ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « المِيراثُ لِلْعَصَبةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ (٦ عَصَبةٌ ، فَلِلْمَوْلَى »٦) . وعنه ، أن رَجُلًا

١٨٢/٦و

---

(٦) سقط من : ا .

(٧) أخرجه الدارمى ، فى : باب بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٩٨ . عن ابن مسعود . والبيهقى ، فى : باب من أعتق مملوكا ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ٢ / ٢٩٢ . والحاكم ، فى : باب الولاء لحمة كلحمة النسب ، من كتاب الفرائض . المستدرك ٤ / ٣٤١ كلاهما عن ابن عمر . وعزاه صاحب الكنز إلى الطبرانى فى الكبير ١٠ / ٣٢٤ « عن عبد الله ابن أبى أوفى » .

(١) فى الأصل : « سايبه » . ويأتى على الصواب فى أول المسألة التالية .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٣) تقدم تخريجه فى الصفحة نفسها حاشية ٧ .

(٤) فى : باب ميراث المولى مع الورثة ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٧٢ ، ٧٣ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ميراث الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٣ . والدارمى ، فى : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٧٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٠٥ .

(٥) فى : باب النهى عن بيع الولاء وهبته ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٥ .

(٦ - ٦) فى السنن : « عصبة فالولاء » .

أَعْتَقَ عبدًا ، فقال للنبيِّ ﷺ : ما تَرَى فِي مالِه ؟ قال : « إِنْ مَاتَ ، ولَمْ يَدَعْ وَارِثًا[7] ، فَهُوَ لَكَ »[8] .

فصل : ويُقَدَّمُ المَوْلَى فى الميراثِ على الرَّدِّ وذَوِى الأَرْحامِ ، فِي قولِ جُمْهورِ العُلماءِ من الصَّحابةِ والتابعينَ ومَنْ بَعْدَهم ، فإذا مات رَجُلٌ ، وخَلَّفَ بِنْتَه ومَوْلاه ، فلِبِنْتِه النصفُ ، والباقى لِمَوْلاه . وإن خَلَّفَ ذا رَحِمٍ ومَوْلاه ، فالمالُ لمَوْلاه دون ذى[9] رَحِمِه . وعن عمرَ وعلىٍّ تَقْديمُ[10] الرَّدِّ على المَوْلَى . وعنهما وعن ابنِ مَسْعُودٍ تَقْدِيمُ ذَوِى[11] الأرحامِ على المَوْلَى . ولعَلَّهم يَحْتَجُّون بقولِ الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ ٱللَّهِ ﴾[12] . ولَنا ، حَدِيثُ عبدِ الله بن شَدَّادٍ ، وحديثُ الحسنِ ، ولأنَّه عَصَبةٌ يَعْقِلُ عن مَوْلَاهُ ، فيُقَدَّمُ على الرَّدِّ وذِى الرَّحِمِ ، كابْنِ العَمِّ .

فصل : وإن كان لِلْمُعْتَقِ عَصَبةٌ من نَسَبِه ، أو ذَوُو فَرْضٍ تَسْتَغْرِقُ فُروضُهم المالَ ، فلا شيءَ لِلمَوْلَى . لا نعلمُ فى هذا خِلافًا ؛ لما تقدَّم من الحَدِيثِ ، ولقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بأَهْلِها ، فَمَا أَبْقَتِ الفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[13] . وفى لفظٍ : « فلِأَوْلَى[14] / عَصَبَةٍ ذَكَرٍ »[13] . والعَصَبةُ من القَرابةِ أَوْلَى من ذى الوَلاءِ ؛ لأنَّه مُشَبَّهٌ بالقَرابةِ ، والمُشَبَّهُ به أقوى من المُشَبَّهِ ، ولأنَّ النَّسَبَ أقْوىَ من الوَلاءِ ، بدَلِيلِ أنَّه يَتَعَلَّقُ به التَّحْريمُ والنَّفَقةُ وسُقُوطُ القِصَاصِ ورَدُّ الشَّهادةِ ، ولا يتعلَّق ذلك بالوَلَاءِ .

٦/١٨٢ظ

---

(٧) فى م : « إرثا » .

(٨) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من لا وارث له ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٥ . بنحوه عن ابن عباس . والبيهقى ، فى : باب ميراث الولاء ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦ / ٢٤٠ « عن الحسن » .

(٩) فى الأصل ، ا : « ذوى » .

(١٠) فى ا ، م : « يقدم » .

(١١) فى م : « ذى » .

(١٢) سورة الأنفال ٧٥ .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

(١٤) فى م : « فللأولى » .

فصل : وإن اخْتلفَ دِينُ السَّيِّدِ وعَتِيقِهِ ، فالوَلاءُ ثابتٌ . لا نعلمُ فيه خِلافًا ؛ لِعُمومِ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[١٥] . ولقولِه : « الْوَلَاءُ لُحْمةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ »[١٦] . ولُحْمةُ النَّسَبِ تَثْبُتُ مع اخْتِلافِ الدِّينِ ، وكذلك الوَلَاءُ ، ولأنَّ الوَلاءَ إنَّما يَثْبُتُ له عليه لإنْعامِه بإعْتاقِه ، وهذا المعنى ثابتٌ مع اخْتِلافِ دِينِهما ، ويَثْبُتُ الوَلَاءُ للذَّكَرِ على الأُنْثَى ، والأُنْثَى على الذَّكَرِ ، ولكلِّ مُعْتِقٍ ، لعُمومِ الخبرِ والمَعْنى ، ولِحَدِيثِ عبدِ اللهِ بن شَدَّادٍ . وهل يَرِثُ السَّيِّدُ مَوْلاه مع اختلافِ الدِّينِ ؟ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، يَرِثُه . رُوِيَ ذلك عن عليٍّ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ . وبه قال أهلُ الظَّاهِرِ . واحْتَجَّ أحمدُ بقَوْلِ عليٍّ : الوَلاءُ شُعْبةٌ من الرِّقِّ . وقال مالكٌ : يَرِثُ المُسْلِمُ مَوْلاه النَّصْرانِيَّ ؛ لأنَّه يَصْلُحُ له تَمَلُّكُه[١٧] ، ولا يَرِثُ النَّصْرانِيُّ مَوْلاه المُسْلِمَ ؛ لأنَّه لا يَصْلُحُ له تَمَلُّكُه . وجمهورُ الفُقَهاءِ[١٨] على أنَّه لا يَرِثُه مع اخْتلافِ دِينِهما ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكافِرَ ولا الْكافِرُ المُسْلِمَ »[١٩] . ولأنَّه ميراثٌ ، فيَمْنَعُه اختلافُ الدِّينِ ، كميراثِ النَّسَبِ ، ولأنَّ اخْتلافَ الدِّينِ مانعٌ من الميراثِ ، فمَنَعَ المِيراثَ بالوَلاءِ ، كالقَتْلِ والرِّقِّ ، يُحَقِّقُه أنَّ المِيراثَ بالنَّسَبِ أقْوَى ، فإذا مَنَعَ الأقْوَى فالأضْعَفُ أوْلَى ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ألْحَقَ الوَلاءَ بالنَّسَبِ ، بقوله : « الوَلَاءُ لُحْمةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ » . وكما يَمْنَعُ اختلافُ الدِّينِ التَّوارُثَ مع صِحَّةِ النَّسَبِ وثُبوتِه ، كذلك يَمْنَعُه مع صِحَّةِ الوَلاءِ وثُبوتِه ، فإذا اجْتمعا / على الإسلامِ ، تَوارثا كالمُتَناسِبَيْن ، وهذا أصَحُّ في الأثَرِ والنَّظَرِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، فإن كان للسَّيِّدِ عَصَبةٌ على دِينِ العَبْدِ ، وَرِثَه دونَ سَيِّدِه . وقال داودُ : لا يَرِثُ عَصَبَتُه مع حَياتِه . ولَنا ، أنَّه بمَنْزِلةِ ما لو كان الأقْرَبُ من العَصَبةِ مُخالِفًا لِدِينِ المَيِّتِ والأبْعدُ على دِينِه ، وَرِثَ دُونَ القَرِيبِ .

١٨٣/٦ و

---

(١٥) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(١٧) في الأصل ، ا : « ملكه » .

(١٨) في م : « العلماء » .

(١٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥

فصل : وإن أعْتَقَ حَرْبِىٌّ حَرْبِيًّا ، فله عليه الولاءُ ؛ لأنَّ الوَلاءَ مُشَبَّهٌ بالنَّسَبِ ، والنسبُ ثابِتٌ بين أهلِ الحَرْبِ ، فكذلك الْوَلاءُ . وهذا قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أهلَ العراقِ ، فإنَّهم قالوا : العِتْقُ فى دارِ الحَرْبِ والكِتَابةُ والتَّدْبيرُ لا يَصِحُّ ، ولو استَوْلدَ أمَتَه ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ ، مُسْلِمًا كان السيدُ أو ذِمِّيًّا أو حَرْبِيًّا . ولَنا ، أنَّ مِلْكَهُم ثابتٌ ، بدَلِيلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُـمْ ﴾[20] فنَسَبها إليهم ، فصَحَّ عِتْقُهُم كأهلِ الإسلامِ ، وإذا صَحَّ عِتْقُهم ثَبتَ الولاءُ لهم ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « الوَلَاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . فإن جاءَنا المُعْتَقُ مُسْلِمًا ، فالوَلاءُ بحالِه . فإن سُبِىَ مَوْلَى النِّعْمةِ ، لم يَرِثْ مادام عبدًا ، فإن أُعْتِقَ ، فعليه الوَلاءُ لمُعْتِقِه ، وله الوَلاءُ على مُعْتَقِه . وهل يَثْبُتُ لمُعْتِقِ السَّيِّدِ وَلاءٌ على مُعْتَقِه ؟ يَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ ؛ لأنَّه مَوْلَى مَوْلاه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ ؛ لأنَّه ما حَصَلَ منه إنْعامٌ عليه ولا سَبَبٌ لذلك . فإن كان الذى اشْتراه مَوْلاهُ فأعْتَقَه ، فكلُّ واحِدٍ منهما مَوْلَى صاحِبِه يَرِثُه بالـوَلاءِ . وإن أسَرَه مَوْلاهُ فأعْتَقـه ، فكذلك . وإن أسَرَهُ مَوْلاهُ وأجْنَبِىٌّ فأعْتَقاه ، فولاؤُه بينهما نِصْفَيْنِ . فإن مات بعدَه المُعْتِقُ الأوَّلُ ، فلِشَرِيكِه نصفُ مالِه ؛ لأنَّه مَوْلَى نِصْفِ مَوْلاهُ على أحدِ الاحْتِمالَيْنِ . والآخَر لا شىءَ له ؛ لأنَّه لم يُنْعِمْ عليه . وإن سُبِىَ المُعْتَقُ فاشْتَراهُ رجلٌ ، فأعْتَقَه ، بَطَلَ وَلاءُ الأوَّلِ وصار الوَلاءُ للثانى . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقيل : الوَلاءُ بينهما . واختاره ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه ليس أحَدُهما أوْلَى من الآخَرِ . وقيل : الوَلاءُ للأوَّلِ ؛ / لأنَّه أسْبَقُ . ولَنا ، أنَّ السَّبْىَ يُبْطِلُ مِلْكَ الأوَّلِ الحَرْبِىِّ ، فالوَلاءُ التَّابِعُ له أوْلَى ، ولأنَّ الوَلاءَ بَطَلَ باسْتِرْقاقِه ، فلم يَعُدْ بإعْتاقِه . وإن أعْتَقَ ذِمِّىٌّ عَبْدًا كافِرًا ، فهَرَبَ إلى دارِ الحَرْبِ فاسْتُرِقَّ ، فالحُكْمُ فيهِ كالحُكْمِ فيما إذا أعْتَقَه الحربىُّ سَواءً . وإن أعْتَقَ مسلمٌ كافِرًا ، فهَرَبَ إلى دارِ الحربِ ، ثم سَبَاهُ المسلمون ، فذَكَرَ أبو بكرٍ والقاضِى ، أنَّه لا يجوزُ اسْتِرْقاقُه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ فى اسْتِرْقاقِه إبْطالَ ولاءِ المسلمِ المَعْصُوم . قال ابن

183/6 ظ

---

(20) سورة الأحزاب 27 .

اللَّبَّانِ : ولأنّ له أمانًا بعتقِ المسلمِ إيّاه . والصّحِيحُ ، إن شاءَ اللهُ ، جَوازُ استِرْقاقِه ؛ لأنّه كافرٌ أصْلِيٌّ ، كِتَابِيٌّ ، فجاز استِرقاقُه كمُعْتَقِ الحَرْبِيِّ ، وكفيرِ المُعْتَقِ . وقولُهم : فى استِرْقاقِه إبطالُ وَلاءِ المُسْلِمِ . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ ، بل متى أُعْتِقَ عاد الولاءُ للأوَّلِ ، وإنَّما امْتَنع عَمَلُهُ فى حالِ رِقِّه لمانِعٍ ، وإن سَلَّمْنا أنَّ فيه إبطالَ وَلائِه ، فكذلك فى قَتْلِه ، وقد جاز إبطالُ ولائِه بالقَتْلِ ، فكذلك بالاسْتِرْقاقِ ، ولأنَّ القَرابةَ يَبْطُل عَمَلُها بالاسْتِرْقاقِ ، فكذلك الولاءُ . وقولُ ابنِ اللَّبَّانِ : له أمانٌ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه[21] لو كان له أمانٌ[22] ، لم يَجُزْ قَتْلُه ولا سَبْيُه . فعلى هذا ، إن اسْتُرِقَّ ثم أُعْتِقَ ، احْتَمَلَ أن يكونَ الولاءُ للثانى ؛ لأنَّ الحُكْمَيْنِ إذا تَنَافَيا كان الثابتُ هو الآخِرَ منهما ، كالنَّاسِخِ والمَنْسُوخِ . واحْتَمَلَ أنَّه للأوَّلِ ؛ لأنَّ وَلاءَه ثَبَتَ وهو معصومٌ ، فلا يزولُ بالاسْتِيلاءِ ، كحقيقةِ المِلْكِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه بينهما ، وأيُّهما مات كان للثَّانى . وإن أُعْتَقَ مُسْلمٌ مُسْلِمًا ، أو أعْتَقَه ذِمِّىٌّ ، فارْتَدَّ ولَحِقَ بدارِ الحربِ ، فسُبِىَ ، لم يَجُز اسْتِرقاقُه . وإن اشْتُرِىَ فالشِّراءُ باطِلٌ ، ولا يُقْبَلُ منه إلَّا التَّوْبةُ أو القَتْلُ .

فصل : ولا يَصِحُّ بيعُ الوَلاءِ ولا هِبَتُه ، ولا أن يَأْذَنَ لمَوْلاه فيُوالِى مَن شاء . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عبَّاسٍ ، وابنِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال سَعِيدُ بنِ المُسَيَّبِ ، وطاوُسٌ ، وإياسُ بن معاويةَ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه . وكَرِهَ جابرُ بن عبدِ اللهِ / بَيْعَ الوِلاءِ . قال سعيدٌ[23] : حدَّثنا جَريرٌ ، عن مُغيرةَ ، عن إبراهيمَ ، قال : قال عبدُ اللهِ : إنَّما الوَلاءُ كالنَّسَبِ فَيَبِيعُ[24] الرَّجُلُ نَسَبَه ! . وقال[23] : حدَّثنا سفيانُ ، عن عَمْرِو بن دِينارٍ ، أنَّ مَيْمُونةَ وَهَبَتْ وَلاءَ سليمانَ بن يَسَارٍ لابنِ عباسٍ ، وكان مُكَاتَبًا . ورُوِىَ أنَّ مَيْمُونةَ وَهَبَتْ ولاءَ مواليها

٦/١٨٤و

---

(٢١) فى ا : « لأنه » .

(٢٢) فى م : « أن » .

(٢٣) فى : باب النهى عن بيع الولاء وهبته . سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٥ .

(٢٤) فى م : « أفيبيع » .

للعباسِ . وولاؤهم اليومَ لهم . وأنَّ عُرْوةَ ابْتاعَ ولاءَ طَهْمانَ لِوَرَثةِ مُصْعَبِ بن الزُّبَيرِ . وقال ابنُ جُرَيْجٍ : قلتُ لعطاءٍ : أُذِنْتُ لِمَولاىَ أن يُوَالِىَ مَن شاءَ فيَجُوزُ ؟ قال : نَعَمْ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الوَلاءِ وعن هِبَتِه[٢٥] . وقال : « الوَلاءُ لُحْمةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ »[٢٦] . وقال : « لَعَنَ اللهُ مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيه »[٢٥] . ولأنَّه مَعْنًى يُورَثُ به فلا يَنْتَقِلُ كالقَرابةِ . وفِعْلُ هؤلاءِ شاذٌّ يُخالِفُ قولَ الجُمهورِ ، وتَرُدُّه السُّنَّةُ ، فلا يُعَوَّلُ عليه .

فصل : ولا يَنْتَقِلُ الوَلاءُ عن المُعْتِقِ بمَوْتِه ، ولا يَرِثُه ورَثَتُه ، وإنَّما يَرِثُونَ المالَ به مع بَقائِه للمُعْتِقِ . هذا قولُ الجمهورِ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وزَيْدٍ ، وابنِ مسعودٍ ، وأُبَىِّ بن كَعْبٍ ، وابنِ عمرَ ، وأبى مسعودٍ البَدْرِىِّ ، وأُسامةَ بن زيدٍ . وبه قال عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وسالمُ بن عبدِ الله ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادَةُ ، وأبو الزِّنادِ ، وابنُ قُسَيْطٍ[٢٧] ، ومالكٌ والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وداودُ . وشَذَّ شُرَيْحٌ ، وقال : الوَلاءُ كالمالِ ، يُورَثُ عن المُعْتِقِ ، فمن مَلَكَ شيئًا حياتَه فهو لِوَرَثَتِه . ورَواه حَنْبلٌ ، ومحمدُ بن الحَكَمِ ، عن أحمدَ . وغَلَّطَهُما أبو بكرٍ ، وهو كما قال ؛ فإنَّ رِوايةَ الجماعةِ عن أحمدَ مثلُ قولِ الجماعةِ ، وذلك لقولِه عليه السلامِ : « الوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ »[٢٨] . وقوله : « الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ » . والنَّسَبُ لا يُورَثُ ، وإنَّما يُورَثُ به ، ولأنَّه معنى يُورَثُ به ، فلا يَنْتَقِلُ ، كسائرِ الأسْبابِ[٢٩] ، واللهُ تعالى أعلمُ .

---

(٢٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٤ .

(٢٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٢٧) فى النسخ : « نشيط » تحريف .

وهو يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثى المدنى الأعرج التابعى ، ثقة ، توفى سنة اثنتين وعشرين ومائة ، وبلغ تسعين سنة . تهذيب التهذيب ١١ / ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

(٢٨) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٢٩) فى ا : « الأنساب » .

١٠٥١ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الوَلَاءُ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ / مِيرَاثِهِ شَيْئًا ، رَدَّهُ فِى مِثْلِهِ) ٦/١٨٤ظ

قال أحمدُ ، فى روايةِ عبدِ الله : الرجلُ يُعْتِقُ عَبْدَه سائِبةً ، هو الرجلُ يقولُ لِعَبْدِهِ : قد أَعْتَقْتُكَ سائِبَةً . كأنَّه يَجْعَلُه لله ، لا[1] يكون ولاؤُه لمَوْلاه ، قد جَعَلَه للهِ وسَلَّمه . عن[2] أبى عمرو الشَّيْبانِىِّ ، عن عبدِ الله بن مَسْعودٍ : السَّائبةُ يَضَعُ مالَه حيثُ شاءَ . وقال أحمدُ ، قال عمرُ : السَّائبةُ والصَّدقةُ لِيَوْمِها . ومتى قال الرجلُ لِعَبْدِه : أعْتَقْتُكَ سائبةً ، أو أعْتَقْتُكَ ولا وَلاءَ لِى عليك . لم يَكُن له[3] عليه وَلاءٌ . فإن مات ، وخَلَّفَ مالًا ، ولم يَدَعْ وارِثًا ، اشْتُرِىَ بمالِه رِقَابٌ ، فأُعْتِقُوا . فِى المَنْصُوصِ عن أحمدَ . وأعْتَقَ ابنُ عمرَ عبدًا سائبةً ، فمات ، فاشْتَرَى ابنُ عمرَ بمالِه رِقَابًا فأعْتَقَهُم . وقال عمرُ بن عبدِ العزيزِ ، والزُّهْرِىُّ ، ومَكْحولٌ ، وأبو العَالِيةِ ، ومالكٌ : يُجْعَلُ ولاؤُه لجماعةِ المسلمينَ . وعن عَطاءٍ[4] أنَّه قال : كنا نَعْلَمُ أنَّه إذا قال : أنْتَ حُرٌّ سائِبَةً . فهو يُوالِى مَنْ شاء . ولعلَّ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ذَهَبَ إلى شِراءِ الرِّقابِ اسْتِحْبابًا لِفِعْلِ ابنِ عمرَ . و [الرِّوايةُ الثانيةُ][5] : الولاءُ لِلْمُعْتِقِ . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، وابنِ سِيرِينَ ، وراشِدِ بن سعدٍ[6] ، وضَمْرةَ بن حَبِيبٍ[7] ، والشافعىِّ ، وأهلِ العراقِ ؛ لقولِه عليه السلام : « الولاءُ لمن أعْتَقَ »[8] . وجعَله لُحْمةً كلُحْمةِ النَّسَبِ[9] . فكما لا يزولُ نَسَبُ إنسانٍ ولا ولِدٍ عن فِرَاشٍ بشَرْطٍ ، لا يزولُ ولاءٌ عن مُعْتَقٍ ، ولذلك لمَّا أراد أهلُ بَرِيرةَ اشْتِرَاطَ وَلائِها على عائشةَ ، قال لها النَّبِىُّ ﷺ : « اشْتَرِيهَا ، واشْتَرِطِى لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ »[8] . يعنى أنَّ اشْتِرَاطَهم

---

(١) فى م : « ولا » .

(٢) فى م : « قال » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م زيادة لفظ الجلالة .

(٥) تكملة من الشرح الكبير ١٢٥/٤ .

(٦) هو المقرائى . تقدم فى صفحة ١٧١ .

(٧) ضمرة بن حبيب بن صهيب الزُّبيدى الحمصى التابعى ، مؤذن المسجد الجامع بدمشق ، ثقة ، توفى سنة ثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٤٥٩/٤ ، ٤٦٠ .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٣٥٩/٨ .

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

تَحْوِيلَ الولاءِ عن المُعْتِقِ لا يُفِيدُ شيئًا ، ولا يُزِيلُ الولاءَ عن المُعْتَقِ ، ورَوَى مسلمٌ[9] ، بإسنادِهِ عن هُزَيْلِ بن شُرَحْبِيلَ ، قال : جاء رجلٌ إلى عبدِ الله ، فقال : إنى أعْتَقْتُ عبدًا لى ، وجَعَلْتُه سائبةً ، فمات ، وتَرَكَ مالًا ، ولم يَدَعْ وارِثًا ، فقال عبدُ الله : إن أهلَ الإسلامِ لا يُسَيِّبُون ، وإنَّ أهلَ الجاهِلِيَّة كانوا يُسَيِّبُونَ ، وأنت وَلِىُّ نِعْمَتِه ، فإن تَأَثَّمْتَ وتَحَرَّجْتَ من شىءٍ فنحنُ نَقْبَلُه / ، ونَجْعَلُه فى بيتِ المالِ . وقال سعيدٌ[10] : ثنا هشيمٌ ، ثنا بِشْرٌ ، عن عطاءٍ ، أن طارِقَ بن المُرَقِّعِ أعْتَقَ سَوائِبَ ، فماتُوا ، فكَتَب إلى عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، فكتب عمرُ ، أن ادْفَعْ مالَ الرَّجُلِ إلى مَوْلاه ، فإنْ قَبِلَه ، وإلَّا فاشْتَرِ به رِقابًا فأعْتِقْهُم عنه . وقال[11] : ثنا هُشَيْمٌ عن منصورٍ ، أنَّ عمرَ وابنَ مسعودٍ قالا فى ميراثِ السَّائِبَةِ : هو للذى أعْتَقَه . وهذا القولُ أصحُّ فى الأثَرِ والنَّظَرِ ، وفى المواضِعِ التى جعَل الصَّحابةُ ميراثَه لِبَيْتِ المالِ أو فى مِثْله ، كان لتَبَرُّعِ المُعْتِقِ وتَوَرُّعِه عن مِيراثِه ، كفِعْلِ ابنِ عمرَ فى مِيراثِ مُعْتَقِه ، وفِعْلِ عمرَ وابنِ مسعودٍ فى مِيراثِ الذى تَوَرَّعَ سَيِّدُه عن أخْذِ مالِه ، وقد رُوِىَ أنَّ سالِمًا مَوْلَى أبى حُذَيْفةَ أعْتَقَتْه لُبنى بنتُ يُعار سائبةً ، فقُتِلَ وتَرَكَ ابنةً ، فأعطاها عمرُ نِصْفَ مالِه ، وجعَل النِّصْفَ فى بيتِ المالِ . وعلى القَوْلِ المَنْصُوصِ عن أحمدَ ، إنْ خَلَّفَ السَّائِبةُ مالًا ، اشْتُرِىَ به رقابٌ فأُعْتِقُوا ، فإن رَجَعَ من مِيراثِهم شىءٌ ، اشْتُرِىَ به أيضا رِقابٌ فأُعْتِقُوا . وإن خَلَّفَ السائبةُ ذا فَرْضٍ لا يَسْتَغْرِقُ مالَه ، أُخِذَ فرضُه ، واشْتُرِى بباقِيه رِقابٌ فأُعْتِقُوا ، ولا يُرَدُّ على ذى الفَرْضِ .

١٨٥/٦و

---

(٩) لم نجده عند مسلم ، وأخرجه البخارى ، فى : باب ميراث السائبة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨ / ١٩٢ . مختصرًا . والبيهقى ، فى : باب من أعتق عبدًا له سائبة ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٠ . وأشار إلى أن البخارى رواه مختصرًا فى صحيحه . وعبد الرزاق ، فى : باب ميراث السائبة ، من كتاب الولاء . المصنف ٩ / ٢٥ ، ٢٦ . وانظر تحفة الأشراف ٧ / ١٥٤ . فقد عزاه إلى البخارى فحسب .

(١٠) فى : باب ميراث السائبة ، سنن سعيد بن منصور ١ / ٨٣ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من أعتق عبدًا له سائبة ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(١١) فى : الباب السابق ، الموضع السابق .

فصل : وإن أعْتَقَ عبدًا عن كَفّارَتِه أو نَذْرِه أو من زَكاتِه ، فقال أحمدُ فى الذى يَعْتِقُ من زَكاتِه : إن وَرِثَ منه شيئًا جَعَلَه فى مِثْله . قال : وهذا قولُ الحسنِ . وبه قال إسحاقُ . وعلى قياسِ ذلك العِتْقُ من الكَفّارةِ والنَّذْرِ ؛ لأنَّه واجبٌ عليه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال فى الذى يَعْتِقُ فى الزَّكاةِ : وَلَاؤُه للذى جَرَى عِتْقُه على يَدَيْه . وقال مالكٌ ، والعَنْبَرِىُّ : ولاؤُه لسائرِ المسلمينَ ، ويُجْعَلُ فى بيت المالِ . وقال أبو عُبَيْدٍ : ولاؤُه لصاحبِ الصَّدَقةِ . وهو قولُ الجمهورِ فى العِتْقِ فى النَّذْرِ والكَفّارةِ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « الولاءُ لمن أعْتَقَ » . ولأنَّ عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ بشَرْطِ العِتْقِ / ، فأعْتَقَتْها ، فكان ولاؤُها لها . وشرطُ العِتْقِ يُوجِبُه[13] ، ولأنَّه مُعْتِقٌ عن نَفْسِه فكان الولاءُ له كما لو اشْتَرَطَ عليه العِتْقَ فأعْتَقَ . ولَنا ، أنَّ الذى أعْتَقَ من الزَّكاةِ مُعْتِقٌ من غيرِ مالِه ، فلم يكُنْ له الولاءُ ، كما لو دَفَعَها إلى السَّاعِى فاشْتَرَى بها وأعْتَقَ ، وكما لو دَفَعَ إلى المُكاتَبِ مالًا ، فأدَّاه فى كِتَابَتِه ، وفارَقَ من اشْتُرِطَ عليه العِتْقُ فإنَّه إنَّما أعْتَقَ مَالَه ، والعِتْقُ فى الكَفَّارةِ والنَّذْرِ واجبٌ عليه ، فأشْبَهَ العِتْقَ من الزَّكاةِ . وذهب كثيرٌ من أهلِ العلمِ إلى أنَّه لا يُعْتَقُ من الزكاةِ . وعَلَّل بعضُهم المَنْعَ من ذلك ، بأنَّه يَجُرُّ الوَلاءَ إلى نَفْسِه فيَنْتَفِعُ بزَكاتِه . وهذا قولٌ لأحمدَ ، رَوَاه عنه جماعةٌ . وهو قولُ النَّخَعِىِّ ، والشَّافعىِّ .

٦/١٨٥ ظ

١٠٥٢ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ[1] عَلَيْه ، وكَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ**)

ذُو الرَّحِمِ المَحْرَمُ : القريبُ الذى يَحْرُمُ نِكاحُه عليه لو كان أحَدُهُما رَجُلًا والآخرُ امرأةً . وهم الوالدان وإن عَلَوْا من قِبَلِ الأبِ والأُمِّ جميعا ، والوَلَدُ وإن سَفَلَ من وَلَدِ البَنِين والبَناتِ ، والإخوةُ والأخواتُ وأوْلادُهم وإن سَفَلُوا ، والأعمامُ والعَمَّاتُ والأخوالُ والخالاتُ

---

(١٣) فى م : « يوجب » .

(١) فى م : « فأعتق » .

دون أولادِهم ، فمتى مَلَكَ أحدًا منهم عَتَقَ عليه . رُوِى ذلك[2] عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال الحسنُ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وعَطاءٌ ، والحَكَمُ ، وحمادٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، واللَّيْثُ ، وأبو حنيفةَ ، والحسنُ بن صالحٍ ، وشَرِيكٌ ، ويحيى بن آدمَ . وأعْتَقَ مالكٌ الوالِدِينَ والمَوْلُودِينَ وإن بَعُدُوا ، والإِخْوَةَ والأَخواتِ دون أوْلادِهم . ولم يُعْتِقِ الشافعىُّ إلَّا عَمُودَىِ النَّسَبِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ كذلك ، ذَكَرها أبو الخَطَّابِ ، ولم يُعْتِقِ[داودُ]وأهلُ الظَّاهِرِ أحدًا حتى يَعْتِقَه ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لا يَجْزِى وَلَدٌ وَالِدَه شَيْئًا ، إلَّا أنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فيَشْتَرِيَهُ ، فيُعْتِقَهُ » . رواه مُسْلِمٌ[3] . ولَنا : ما رَوَى الحسنُ ، عن سَمُرَةَ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ / مَحْرَمٍ ، فهُو حُرٌّ » . رواه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ[4] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولأنَّه ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فيَعْتِقُ عليه بالمِلْكِ ، كعَمُودَىِ النَّسَبِ ، وكالإِخْوةِ والأَخواتِ عندَ مالكٍ . فأمَّا قولُه : « حَتَّى يَشْتَرِيَهُ فيُعْتِقَهُ » . فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد فيَشْتَرِيَه[5] فيُعْتِقَهُ بشِرَائِه له ، كما يُقالُ[6] : ضَرَبَه فقَتَلَه ، والضَّرْبُ هو القَتْلُ ؛ وذلك لأنَّ الشِّراءَ لمَّا كان يَحْصُلُ به العِتْقُ تارةً دُونَ أُخْرَى ، جاز عَطْفُ صِفَتِه عليه ، كما يُقال : ضَرَبَه فأطارَ رَأْسَه . ومتى عَتَقَ عليه ، فوَلاؤُه له ؛ لأنَّه يَعْتِقُ من مالِه بسببِ فِعْلِه ، فكان وَلاؤُه له ، كما لو باشَرَ عِتْقَه ، وسَواءٌ مَلَكَه بشِراءٍ ، أو هِبَةٍ ، أو غَنِيمةٍ ، أو إرْثٍ ، أو غيرِه . لا نَعْلَمُ بين أهلِ العلمِ فيه خلافًا .

١٨٦/٦ و

فصل : ولا خلافَ فى أنَّ المَحارِمَ من غيرِ ذَوِى الأَرْحامِ لا يَعْتِقُونَ على سَيِّدِهم ، كالأُمِّ والأَخِ من الرَّضاعةِ ، والرَّبِيبةِ ، وأُمِّ الزَّوجةِ ، وابْنَتِها ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن الحسنِ ،

---

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٧٧ .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٩٩ .

(٥) فى م : « يشتريه » .

(٦) فى م : « قال » .

وابنِ سيرِينَ ، وشَرِيكٍ ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُ الأخِ من الرَّضاعةِ . ورُوِيَ عن ابنِ مسعودٍ أنَّه كَرِهَه . والأوَّلُ أصحُّ . قال الزُّهْرِيُّ : جَرَتِ السُّنَّةُ بأن يُباعَ الأخُ والأُختُ من الرَّضاعِ . ولأنَّه لا نَصَّ فى عِتْقِهم ، ولا هُم فى معنى المنصوصِ عليه ، فيَبْقَون على الأصْلِ ، ولأنَّهما لا رَحِمَ بينهما ، ولا تَوارُثَ ، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، فأشْبَهَ الرَّبِيبَةَ وأُمَّ الزَّوْجةِ .

فصل : وإن مَلَكَ وَلَدَه من الزِّنَى ، لم يَعْتِقْ عليه . على ظاهرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ أحْكامَ الوَلَدِ غيرُ ثابتةٍ فيه ، وهى الميراثُ ، والحَجْبُ ، والمَحْرَمِيَّةُ ، ووُجوبُ الإنْفاقِ ، وثُبوتُ الوِلايةِ له عليه . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ ؛ لأنَّه جُزْؤُه حَقِيقةً ، وقد ثَبَتَ فيه حكمُ تَحْريمِ التَّزْويجِ ، ولهذا لو مَلَكَ وَلَدَه المُخالِفَ له فى الدِّينِ ، عَتَقَ عليه ، مع انْتِفاءِ هذه الأحْكامِ .

١٠٥٣ – مسألة ؛ قال : (وَوَلَاءُ الْمُكَاتَبِ والمُدَبَّرِ لِسَيِّدِهِما إذَا أُعْتِقَا)

/ هذا قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ . وبه يقولُ الشافعيُّ ، وأهلُ العِراقِ . وحَكَى ابنُ سُرَاقَةَ ، عن عَمْرِو بن دِينار ، وأبى ثَوْرٍ ، أنَّه لا وَلاءَ على المُكاتَبِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى نَفْسَه من سَيِّدِه ، فلم يكُنْ له عليه وَلاءٌ ، كما لو اشْتَراه أجْنَبِيٌّ فأعْتَقَه . وكان قَتادةُ يقول : مَن لم يَشْتَرِطْ ولاءَ المكاتَبِ ، فلِمُكاتَبِه أن يُوالِىَ مَنْ شاء . وقال مكحولٌ : أمَّا المكاتَبُ إذا اشْتَرَط ولاءَه مع رَقَبَتِه ، فجائزٌ . ولَنا ، أنَّ السَّيِّدَ هو المُعْتِقُ للمُكاتَبِ ؛ لأنَّه يَتْبَعُه بمالِه ، ومالُه وكَسْبُه لِسَيِّدِه ، فجَعَلَ ذلك له ، ثم باعَه به حتى عَتَقَ ، فكان هو المُعْتِقُ ، وهو المُعْتِقُ للمُدَبَّرِ بلا إشْكالٍ ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « الوَلاءُ لمن أعْتَقَ »[1] . ويدُلُّ على ذلك أنَّ المُكاتَبِينَ يُدْعَوْنَ مَوالِى مُكاتِبِيهِم ، فيُقال : أبو سَعِيدٍ[2] مَوْلَى أبى[3]

٦/١٨٦ظ

(١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٢) فى ا : « أبو مسعود » .

(٣) فى م : « ابن » . خطأ .

أُسَيْدٍ ، وسِيرِينُ مَوْلَى أنسٍ ، وسُليمانُ بن يَسارٍ مولى مَيْمُونةَ ، وقد وَهَبَتْ وَلاءَه لابن عبَّاسٍ ، وكانوا مُكاتَبِينَ ، وكذلك أشْباهُهم . ويدلُّ على ذلك أنَّ في حديثِ بَرِيرةَ ، أنَّها جاءت عائشةَ فقالت : يا أُمَّ المؤمنينَ ، إنِّي كاتَبْتُ أهْلِي على تِسْعِ أواقٍ فأَعِينِينِي . فقالت عائشةُ : إن شاءُوا عَدَدْتُ لهم عَدَّةً واحدةً ويكونُ وَلاؤُكِ لي فَعَلْتُ . فأبَوْا أن يَبِيعُوها إلَّا أن يكونَ الوَلاءُ لهم ، فقال النبيُّ ﷺ : « اشْتَرِيهَا ، واشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ »[٤] . وهذا يدل على أن الولاءَ كان لهم لَو لَم تَشْتَرِها منهم عائشةُ .

فصل : وإن اشْتَرَى العبدُ نَفْسَه من سَيِّده بِعِوَضٍ حالٍّ ، عَتَقَ والوَلاءُ لِسَيِّده ؛ لأنَّه يَبِيعُ مالَه بمالِه ، فهو مثلُ المُكاتَبِ سَواءً ، والسيدُ هو المُعْتِقُ لهما ، فالوَلاءُ له عليهما .

١٠٥٤ – مسألة ؛ قال : (وَوَلاءُ أُمِّ الوَلَدِ لِسَيِّدِهَا إذَا مَاتَ)

١٨٧/٦و يعني إذا عَتَقَتْ بمَوْتِ سَيِّدِها ، فوَلاؤُها له يَرِثُها أقْرَبُ[١] عَصَبَتِه . / وهذا قولُ عمرَ ، وعثمانَ . وبه قال عامَّةُ الفُقَهاءِ . وقال ابنُ مسعودٍ : تَعْتِقُ مِن[٢] نَصِيبِ ابْنِها ، فيكونُ ولاؤُها له . وعن ابنِ عباسٍ نحوُه . وعن عليٍّ : لا تَعْتِقُ مالم يُعْتِقْها[٣] وله بَيْعُها . وبه قال جابرُ بن زيدٍ ، وأهلُ الظاهرِ . وعن ابنِ عباسٍ نحوُه . ولِذِكْرِ الدليلِ على عِتْقِها موضعٌ غيرُ هذا ، ولا خلافَ بين القائلينَ بعِتْقِها أن ولاءَها لمن عَتَقَ عليه . ومذهبُ الجُمْهورِ أنَّها تَعْتِقُ بموتِ سَيِّدِها من رأسِ المالِ ، فيكونُ وَلاؤُها له ؛ لأنَّها عَتَقَتْ بِفِعْلِه من مالِه[٤] ، فكان ولاؤُها له ، كما لو عَتَقَتْ بقوله . ويَخْتَصُّ ميراثُها بالوَلاءِ بالذُّكورِ من عَصَبَةِ السَّيِّدِ ، كالمُدَبَّرِ والمُكاتَبِ .

---

(٤) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

(١) في م : « قرب » .

(٢) في م : « مني » .

(٣) في م : « يعتقها » .

(٤) في م : « له » .

١٠٥٥ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَه عَنْ رَجُلٍ حَيٍّ بِلَا أَمْرِهِ ، أوْ عَنْ مَيِّتٍ ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ)

هذا قولُ الثَّوْرِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والشَّافِعِيِّ ، وأبي حنيفةَ ، وأبي يوسفَ ، وداودَ . ورُوِيَ عن ابن عبَّاسٍ أنَّ ولاءَه للمُعْتَقِ عنه . وبه قال الحسنُ ، ومالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ؛ لأنَّه أعْتَقَه عن غيرِه ، فكان الولاءُ للمُعْتَقِ عنه ، كما لو أذِنَ له . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ »[1] . ولأنَّه أعْتَقَ عبدَه من غيرِ إذْنِ غيرِه له ، فكان الولاءُ له ، كما لو لم يَقْصِدْ شيئا .

١٠٥٦ ـ مسألة ؛ قال : (وإنْ أعْتَقَهُ عَنْهُ بأَمْرِهِ ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ بأَمْرِهِ)

وبهذا قال جميعُ مَنْ حَكَيْنا قولَه فى المسألةِ الأُولَى ، إلَّا أبا حنيفةَ ، ووافقَه أبو يوسفَ ، ومحمدُ بن الحسنِ ، وداودُ ، فقالوا : الولاءُ للمُعْتِقِ ، إلَّا أن يُعْتِقَه عنه على عِوَضٍ ، فيكونُ له الوَلاءُ ، ويَلْزَمُه[1] العِوَضُ ، ويَصِيرُ كأنَّه اشْتَراهُ ثم وَكَّلَه فى إعْتاقِه ، أمَّا إذا كان عن غيرِ عِوَضٍ ، فلا يَصِحُّ تقديرُ البَيْعِ ، فيكونُ الوَلاءُ للمُعْتِقِ ؛ لعُمُومِ قوله / عليه السلام : « الوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ » . وعن أحمدَ مثلُ ذلك . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ فى الإعْتاقِ ، فكان الولاءُ لِلمُعْتَقِ عنه ، كما لو أخَذَ عِوَضًا ، فإنَّه كما يجوزُ تقديرُ البَيْعِ فيما إذا أخَذَ عِوَضًا ، يجوزُ تقديرُ الْهِبَةِ إذا لم يَأْخُذْ عِوَضًا ، فإنَّ الهِبةَ جائزةٌ فى العَبْدِ ، كما يجوزُ البَيْعُ ، والخبرُ مخصوصٌ بما إذا أخَذَ عِوَضًا ، وكسائرِ[2] الوُكلاءِ ، فنَقِيسُ عليه مَحَلَّ النزاعِ .

٦/١٨٧ظ

١٠٥٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ قَالَ : أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى ، وعَلَىَّ ثَمَنُهُ . فَالثَّمَنُ عليه والْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ)

لا نعلمُ فى هذه المسألة خلافًا ، وأنَّ الوَلَاءَ لِلمُعْتَقِ عنه ؛ لكَوْنِه أعْتَقَه عنه بِعِوَضٍ .

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(١) فى م : « ويلزم » .

(٢) فى الأصل ، ا : « وسائر » .

ويلزَمُه الثَّمنُ ؛ لأنَّه أعْتَقَه عنه بشَرْطِ العِوَضِ ، فيُقَدَّرُ ابْتِياعُه منه ، ثم تَوْكِيلُه فى عِتْقِه ، ليَصِحَّ عنه ، فيكونُ الثمنُ عليه والولاءُ له ، كما لو ابْتاعَه منه ثم وَكَّلَه فى عِتْقِه .

١٠٥٨ – مسألة ؛ قال : (ولَوْ قَالَ : أَعْتِقْهُ ، والثَّمَنُ عَلَيَّ . كَانَ الثَّمَنُ عَلَيْهِ ، والْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ)

إنَّما كان الثَّمَنُ عليه ؛ لأنَّه جَعَل له جُعْلًا على إعْتاقِ عَبْدِه ، فلَزِمَه ذلك بالعملِ ، كما لو قال : مَنْ بَنَى لى هذا الحائطَ فله دينارٌ . فبَناه إنسانٌ ، اسْتَحَقَّ الدِّينارَ . والوَلاءُ لِلمُعْتِقِ ؛ لأنَّه لم يأْمُرْه بإعْتاقِه عنه ، ولا قَصَد به المُعْتِقُ ذلك ، فلم يُوجَدْ ما يَقْتَضِى صَرْفَه إليه ، فيَبْقَى للمُعْتِقِ ، عَمَلًا بقولِه عليه السلام : « الولاءُ للمُعْتِقِ »[1] .

فصل : ومَنْ أوْصَى أن يُعْتَقَ عنه[2] بعدَ مَوْتِه ، فأُعْتِقَ ، فالْوَلاءُ له ، وكذلك لو وَصَّى بعِتْقِ عَبْدِه ، ولم يَقُلْ : عَنِّى . فأُعْتِقَ ، كان الوَلاءُ له ؛ لأنَّ الإعْتاقَ من مالِه . وإن أُعْتِقَ عنه ما يجبُ إعْتاقُه ، ككَفَّارةٍ ونحوِها ، فقد مَضَى ذكرُها فيما تقدَّم .

١٠٥٩ – مسألة ؛ قال : (ومَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ أَوْلَادٌ مِنْ مَوْلَاةٍ / لِقَوْمٍ ، جَرَّ مُعْتِقُ الْعَبْدِ وَلَاءَ أوْلَادِهِ) ٦/١٨٨و

وجملةُ ذلك أنَّ الرجلَ إذا أعْتَقَ أَمَتَه ، فتزَوَّجتْ عبدًا ، فأَوْلَدَها ، فوَلَدُها منه أحْرارٌ ، وعليهم الولاءُ لمَوْلَى أُمِّهم ، يَعْقِلُ عنهم ويَرِثُهم إذا ماتوا ؛ لكَوْنِه سببَ الإنْعامِ عليهم بعِتْقِ أُمِّهم ، فصاروا لذلك أحْرارًا . فإن أعْتَقَ العبدَ سَيِّدُه ثَبَتَ له عليه الولاءُ ، وجَرَّ إليه وَلاءَ أوْلادِه عن مَوْلَى أُمِّهم ؛ لأنَّ الأبَ لمَّا كان مَمْلوكًا لم يكُنْ يصلحُ وارثًا ، ولا وَلِيًّا فى نِكاحٍ ، فكان ابنُه كوَلَدِ المُلاعِنَةِ يَنْقطِعُ نَسبُه عن ابِنه ، فثَبَتَ الولاءُ لمَوْلَى أُمِّه ، وانْتَسَبَ إليها ، فإذا عَتَقَ العَبْدُ ، صَلَحَ الانْتِسابُ إليه ، وعادَ وارثًا عاقلًا وَلِيًّا ، فعادت

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٢) فى م : « عبده » . وانظر ما يأتى فى قوله : « عنى » .

النِّسْبةُ إليه وإلى مُوَلِّيه ، بمنزلةِ مالو استَلْحقَ الْملاعِنُ ولدَه . هذا قولُ جُمْهورِ الصَّحابةِ والفُقَهاءِ ، يُرْوَى هذا عن عمرَ ، وعثمانَ ، وعليٍّ ، والزُّبَيرِ ، وعبدِ الله ، وزيدِ بن ثابتٍ ، ومَرْوانَ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وابنِ سيرِينَ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ ، والنَّخَعِيِّ . وبه قال مالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأوْزاعيُّ ، واللَّيْثُ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، والشَّافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . ويُرْوَى عن رافعِ بن خَدِيجٍ أنَّ الولاءَ لا يَنْجَرُّ[1] عن مَوالِي الأُمِّ . وبه قال مالكُ بن أوْسِ بن الْحَدَثانِ[2] ، والزُّهْرِيُّ ، ومَيْمُونُ بن مِهْرانَ ، وحُمَيْدُ بن عبدِ الرحمن ، وداودُ ؛ لأنَّ الوَلاءَ لُحْمةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ ، والنَّسَبُ لا يزولُ عَمَّنْ ثَبَتَ له ، فكذلك الولاءُ . وقد رُوِيَ عن عثمانَ نحوُ هذا ، وعن زيدٍ . وأنْكرَهُما ابنُ اللَّبَّانِ ، وقال : مشهورٌ عن عُثمانَ أنَّه قضَى بِجَرِّ[3] الوَلَاءِ للزُّبَيْرِ على رافعِ بن خَدِيجٍ . ولَنا ، أنَّ الانْتِسَابَ إلى الأبِ ، فكذلك الوَلاءُ ، ولذلك لو كانا حُرَّيْنِ ، كان ولاءُ وَلَدِهما لمَوْلَى أبِيه ، فلمَّا كان مَمْلُوكًا كان الولاءُ لمَوْلَى الأُمِّ ضرورةً ، فإذا عتَقَ[4] الأبُ زالتِ الضرورةُ ، فعادتِ النِّسْبةُ إليه ، والولاءُ إلى مَوالِيه . ورَوَى عبد الرحمنِ ، عن الزُّبيرِ ، أنَّه لمَّا قَدِمَ خَيْبَرَ رأى فِتْيةً لُعْسًا ، فأعجبه ظَرْفُهم وجَمالُهم ، فسأل عنهم ، فقيل له : مَوالِي رافعِ بن خَدِيجٍ ، وأبوهُم مملوكٌ لآلِ الْحُرَقَةِ[5] ، فاشترَى الزُّبيرُ أباهُم فأعْتَقَه ، وقال لأوْلادِه : انْتَسِبُوا إليَّ ، فإن وَلاءَكم لِي . فقال رافعُ بن خَدِيجٍ : الوَلاءُ لِي ، فإنَّهم عَتَقُوا بعِتْقِي أُمَّهم . فاحْتَكَمُوا إلى عثمانَ ، فقَضَى بالولاءِ للزُّبَيْرِ ، فاجْتَمَعَتِ الصَّحابةُ عليه . اللَّعَسُ سَوادٌ في الشَّفَتَيْنِ تَسْتَحْسِنُه[6] العَرَبُ ، ومثله اللَّمَى ، قال ذو الرُّمَّةِ[7] :

(١) في النسخ : « ينجز » . وانظر قول ابن اللبان الآتي .

(٢) مالك بن أوس بن الحدثان النَّصْري ، من تابعي المدينة ، توفي سنة اثنتين وتسعين . اللباب ٣ / ٢٢٦ ، العبر ١ / ١٠٦ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ١٠ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « أعتق » وفيها بعد ذلك زيادة : « العبد » .

(٥) الحرقة : بطن من جهينة . انظر : المشتبه ٢٢٧ .

(٦) في ا ، م : « تستحبه » .

(٧) ديوانه ١ / ٣٣ .

لَمْيَــاءُ فى شَفَتَيْهـــا حُوَّةٌ لَعَسٌ   وفى اللِّثاتِ وفى أنْيابِها شَنَبُ[٨]

فصل : وحُكْمُ المُكاتَبِ يَتَزوَّجُ فى كِتَابَتِه ، فيأتى له أولادٌ ثم يَعْتِقُ ، حُكْمُ العَبْدِ القِنِّ فى جَرِّ الوَلاءِ ، وكذلك المُدَبَّرُ والمُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفةٍ ؛ لأنَّهم عَبِيدٌ . فإنَّ المُكاتَبَ عَبْدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ .

فصل : إذا انْجَرَّ الوَلاءُ إلى مَوالِى الأبِ ثم انْقَرَضُوا ، عاد الوَلاءُ إلى بيتِ المالِ ، ولم يرجعْ إلى مَوالِى الأُمِّ بحالٍ . فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وحُكِىَ عن ابنِ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، أنَّه يعودُ إلى مَوالِى[٩] الأُمِّ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ الوَلاءَ جَرَى مَجْرَى الانْتِسابِ ، ولو انقرضَ الأبُ وآباؤُه لم تَعُدِ النِّسْبةُ إلى الأُمِّ ، كذلك الوَلاءُ . فإذا ثَبَتَ هذا فوَلَدَتْ بعدَ عِتْقِ الأبِ ، كان وَلاءُ وَلَدِها لمَوالِى أبيه . بلا خلافٍ . فإنْ نَفاهُ باللِّعانِ ، عاد وَلاؤُه إلى مَوالِى الأُمِّ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّه لم يكُنْ له أبٌ يَنْتَسِبُ إليه . فإن عاد فاسْتَلْحَقَه ، عاد[١٠] الوَلاءُ إلى مَوالِى الأبِ .

فصل : ولا يَنْجَرُّ الوَلاءُ إلَّا بشُروطٍ ثلاثةٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ الأبُ عبدًا حينَ الوِلادةِ ، فإن كان حُرًّا وزوجَتُه مَوْلاةً ، لم يَخْلُ ، إمَّا أن يكونَ حُرَّ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ[١١] على وَلدِه بحالٍ ، وإن كان مَوْلًى ، ثَبَتَ الوَلاءُ على وَلَدِه لمَوالِيه ابْتداءً ، ولا جَرَّ فيه . الثانى ، أن تكونَ الأُمُّ / مَوْلاةً ، فإن لم تكُنْ كذلك لم تَخْلُ ، إمَّا أن تكونَ حُرَّةَ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ على وَلدِها بحالٍ ، وهم أحْرارٌ بحُرِّيَّتِها ، أو تكونَ أمَةً ، فولدُها رَقِيقٌ لسَيِّدِها ، فإن أعْتَقَهم فوَلاؤُهم له لا يَنْجَرُّ عنه بحالٍ ، سَواءٌ أعْتَقَهم بعدَ وِلَادَتِهم ، أو أعْتَقَ أُمَّهُم حامِلًا بهم فعَتَقُوا بعِتْقِها ؛ لأنَّ الوَلاءَ ثَبَتَ[١٢] بالعِتْقِ مُباشَرةً ، فلا يَنْجَرُّ عن المُعْتِقِ ؛ ١٨٩/٦و

(٨) الحوة : مثل اللمى . والشنب : برد وعذوبة فى الأسنان ، أو تحديد الأنياب ودقتها .
(٩) فى ا : « مولى » .
(١٠) فى الأصل ، م : « فعاد » .
(١١) فى م زيادة : « عليه ولا » .
(١٢) فى م : « يثبت » .

لقوله عليه السلام : « الوَلَاءُ لمن أعْتَقَ »[١٣] . وإن أعْتَقها المَوْلَى فأتَتْ بوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فقد مَسَّه الرِّقُّ وعَتَقَ بالمُباشَرَةِ ، فلا يَنْجَرُّ وَلاؤُه ، وإن أتَتْ به لأكثرَ من سِتَّةِ أشْهُرٍ مع بَقاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، لم يُحْكَمْ بمَسِّ الرِّقِّ له ، وانْجَرَّ وَلاؤُه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ حادثًا بعدَ العِتْقِ ، فلم يَمَسَّه الرِّقُّ ، ولم يُحْكَمْ بِرِقِّه بالشَّكِّ . وإن كانت المرأةُ بائِنًا ، وأتَتْ بولدٍ لأرْبعِ سِنِينَ من حينِ الفُرْقةِ ، لم يَلْحَقْ بالأبِ ، وكان وَلاؤُه لمَوْلَى أُمِّه ، وإن أتَتْ به لأقَلَّ من ذلك ، لَحِقَه الولدُ ، وانْجَرَّ ولاؤُه ، ووَلَدُ الأمَةِ مملوكٌ ، سواءٌ كان من نِكاحٍ أو من سِفَاحٍ ، عَرَبِيًّا كان الزَّوْجُ أو أعْجَمِيًّا . وهذا قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ . وعن عمرَ : إن كان[١٤] زَوْجُها عَرَبِيًّا فولَدُه[١٥] حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُه ، ولا وَلاءَ عليه . وعن أحمدَ مِثْلُه . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والثَّوْرِيُّ ، والأوْزَاعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقالَه[١٦] الشافعيُّ فى القَدِيمِ ، ثم رَجَعَ عنه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ أُمَّهُم أمَةٌ ، فكانوا عَبِيدًا ، كما لو كان أبُوهم أعْجمِيًّا . الثالث ، أن يَعْتِقَ العبدَ سَيِّدُه ، فإن مات على الرِّقِّ لم يَنْجَرَّ الوَلاءُ بحالٍ ، وهذا لا خِلافَ فيه . فإن اخْتَلَفَ سَيِّدُ العبدِ ومَوْلَى الأُمِّ فى الأبِ بعدَ مَوْتِه ، فقال سَيِّدُه : مات حُرًّا بعدَ جَرِّ الوَلاءِ . وأنكر ذلك مَوْلَى الأُمِّ ، فالقولُ قولُ مَوْلَى الأُمِّ . ذكره أبو بكرٍ ؛ لأنَّ الأصلَ بَقاءُ الرِّقِّ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

فصل : فإن لم يَعْتِقِ الأبُ ، ولكن عَتَقَ الجَدُّ ، فقال أحمدُ : الجَدُّ[١٤] لا يَجُرُّ الوَلاءَ ، ليس هو كالأبِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ وصاحِباه . وعن أحمدَ ، أنَّه يَجُرُّه . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، /والنَّخَعِيُّ ، وأهلُ المدينةِ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والحسنُ بن صالحٍ ، وابنُ المباركِ ، وأبو ثَوْرٍ ، وضِرَارُ بن صُرَد ، والشَّافعيُّ فى أحدِ قَوْلَيْه . فإن أُعْتِقَ الأبُ بعد ذلك ، جَرَّه عن مَوالِى الجَدِّ إليه ؛ لأنَّ الجَدَّ يقومُ مقامَ الأبِ فى التَّعْصيبِ وأحْكامِ

٦/١٨٩ظ

(١٣) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى ا : « فولدها » .

(١٦) فى م : « وبه قال » .

النَّسَبِ ، فكذلك فى جَرِّ الوَلاءِ . وقال زُفَرُ : إن كان الأبُ حَيًّا ، لم يَجُرَّ[17] الجَدُّ الوَلاءَ ، وإن كان مَيِّتًا ، جَرَّه . وهو القولُ الثانى للشَّافعىِّ . ولَنا ، أنَّ الأصْلَ بَقاءُ الوَلاءِ لمُسْتَحِقِّه ، وإنما خُولِفَ هذا الأصلُ للاتِّفاقِ على أنَّه يَنْجَرُّ بعِتْقِ الأبِ ، والجَدُّ لا يُساوِيه ، بدليل أنَّه لو عَتَقَ[18] الأبُ بعدَ الجَدِّ ، جَرَّه عن مَوالِى الجَدِّ إليه ، ولو أسْلَمَ الجَدُّ ، لم يَتْبَعْه ولدُ وَلَدِه ، ولأنَّ الجَدَّ يُدْلِى بغيرِه ، ولا يَسْتَقِرُّ الوَلاءُ عليه ، فلم يَجُرَّ الوَلاءَ ، كالأخِ ، وكونُه يقومُ مَقامَ الأبِ ، لا يَلْزَمُ أن يَنْجَرَّ الولاءُ إليه ، كالأخِ . وعلى القولِ الآخرِ ، لا فَرْقَ بين الجَدِّ القَرِيبِ والبَعِيدِ ؛ لأنَّ البَعِيدَ يقومُ مَقامَ الأبِ كقِيامِ القَرِيبِ ، ويقْتَضِى هذا أنَّه متى عَتَقَ البَعِيدُ فجرَّ الولاءَ ، ثم عَتَقَ مَنْ هو أقْرَبُ منه جَرَّ الولاءَ إليه ، ثم إن عَتَقَ الأبُ جَرَّ الولاءَ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يَحْجُبُ مَنْ فَوْقَه ، ويُسْقِطُ تَعْصِيبَه وإرْثَه ووِلَايتَه ، ولو لم يُعْتِقِ الجَدُّ ، لكن كان حُرًّا وولدُه مملوكٌ ، فتزوَّجَ مَوْلاةَ قَوْمٍ ، فأوْلَدَها أولادًا ، فوَلاؤُهم لمَوْلَى أُمِّهم . وعند مَن يقولُ : يَجُرُّ الْجَدُّ الولاءَ . يكون لمَوْلَى الْجَدِّ . وإن لم يكُنِ الْجَدُّ مَوْلًى ، بل كان حُرَّ الأصلِ ، فلا وَلاءَ على ولدِ أبيه ، فإن أُعْتِقَ أبُوه بعدَ ذلك ، لم يَعُدْ على ولدِه وَلاءٌ ؛ لأنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَبَتَتْ له من غيرِ وَلاءٍ ، فلم يَتَجَدَّدْ عليه وَلاءٌ ، كالحُرِّ الأصْلِىِّ .

فصل : وإذا كان أحدُ الزوجينِ الحُرَّيْنِ حُرَّ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ على ولدِهما ، سواءٌ كان الآخرُ عَرَبِيًّا أو مَوْلًى ؛ لأنَّ الأُمَّ إن كانت حُرَّةَ الأصلِ ، فالولدُ يتْبَعُها فيما إذا كان الأبُ رَقِيقًا فى انْتِفاءِ[19] الرِّقِّ والوَلاءِ ، فلأَنْ يَتْبَعَها فى نَفْيِ الولاءِ وَحْدَه أوْلَى . وإن كان الأبُ حُرَّ الأصْلِ ، فالولدُ يتبعُه فيما إذا / كان عليه وَلاءٌ ، بحيث يَصِيرُ الوَلاءُ عليه لمَوْلَى أبيه ، فلأَنْ يَتْبَعَه فى سُقوطِ الوَلاءِ عنه أوْلَى . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . وسَواءٌ كان الأبُ عَرَبِيًّا أو أعْجَمِيًّا ، وقال أبو حنيفةَ : إن كان أعْجَمِيًّا والأُمُّ مولاةً ، ثَبَتَ الوَلاءُ على

٦/١٩٠و

---

(17) سقط من : ا .

(18) فى ا : « أعتق » .

(19) فى م : « إبقاء » .

وَلِده . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّه حُرُّ الأَصْلِ ، فلم يَثْبُتِ الوَلاءُ على وَلِده ، كما لو كان عربيًّا . وسَواءٌ كان مسلمًا أو ذِمِّيًّا أو حَرْبِيًّا ، أو مجهولَ النَّسَبِ أو مَعْلومَه . وهذا قولُ أبي يوسفَ ، ومالكٍ[20] وابن سُرَيْجٍ[20] . وقال القاضي : إن كان مَجْهولَ النَّسَبِ ، ثَبَتَ الوَلاءُ على وَلِده لمَوْلَى الأمِّ إن كانت مَوْلاةً . قال ابنُ اللَّبَّانِ : وهذا ظاهرُ مذهبِ الشَّافعيِّ . وقال الخَبْرِيُّ : هذا قولُ أبي حنيفةَ ، ومحمدٍ ، وأحمدَ ؛ لأنَّ مُقْتَضَى ثُبوتِه لمَوْلَى الأُمِّ مَوْجودٌ ، وإنَّما امْتَنعَ في مَحَلِّ الوِفاقِ بحُرِّيَّةِ الأبِ ، فإذا لم تكُنْ معلومةً فقد وَقَعَ الشَّكُّ في المانِع[21] ، فيَبْقَى على الأَصْلِ ، ولا يزولُ عن اليَقِينِ بالشكِّ ، ولا يُتْرَكُ العملُ بالمُقْتَضِي مع الشكِّ في المانِع . ولَنا ، أنَّ الأبَ حُرٌّ[22] محكومٌ بحُرِّيَّتِه ، فأشْبَهَ مَعْروفَ النَّسَبِ ، ولأنَّ الأَصْلَ في الآدَمِيِّينَ الحُرِّيَّةُ وعَدَمُ الوَلاءِ ، فلا يُتْرَكُ هذا الأصلُ بالوَهْمِ في حَقِّ الولدِ ، كما[23] لم يُتْرَكْ في حَقِّ الأبِ . وقولُهم : مُقْتَضَى ثُبوتِه لمَوْلَى الأُمِّ موجودٌ . ممنوعٌ ؛ فإنَّه إنَّما ثَبَتَ لمَوْلَى الأُمِّ بشَرْطِ رِقِّ الأبِ ، وهذا الشَّرْطُ مُنْتَفٍ حُكْمًا وظاهرًا . وإن سَلَّمنا وُجودَ المُقْتَضِي ، فقد ثَبَتَ المانعُ حُكْمًا ، فإنَّ الأبَ حُرِّيَّتُه ثابتةٌ حُكْمًا ، فلا تَعْوِيلَ على ما قَالُوه . وإن كان الأبُ مَوْلًى ، والأُمُّ مجهولةَ النَّسَبِ ، فلا وَلاءَ عليه في قَوْلِنا . وقياسُ قولِ القاضي والشَّافعيِّ أن يَثْبُتَ الولاءُ عليه لمَوْلَى ابْنِه ؛ لأنَّا شَكَكْنا في المانِعِ من ثُبوتِه . ولَنا ، ما ذَكَرْنا في التي قبلَها ، ولأنَّ الأُمَّ لا تَخْلُو من أن تكونَ حُرَّةَ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ على وَلدِها ، أو أمَةً فيكونُ ولدُها عبدًا ، أو مَوْلاةً فيكونُ على وَلِدها الوَلاءُ لمَوْلَى أبِيه . والاحْتمالُ الأوَّلُ راجحٌ ؛ لوَجْهَينِ ؛ أحدهما ، أنَّه مَحْكومٌ به في الأُمِّ ، فيجبُ الحُكْمُ به في وَلَدِها . / الثاني ، أنَّه مُعْتَضِدٌ بالأَصْلِ ، فإنَّ الأَصْلَ الحُرِّيَّةُ ، ثم لو لم يَتَرَجَّحْ هذا الاحْتمالُ ، لَكان الاحتمالُ الذى صاروا إليه مُعارَضًا

٦/١٩٠ظ

(٢٠ - ٢٠) في م : « وشريح » .

(٢١) في م : « المنافع » .

(٢٢) في م : « حرم » .

(٢٣) في ا زيادة : « لو » .

باحْتِمالَيْنِ ، كلُّ واحدٍ منهما مُساوٍ له ، فترجيحُه عليهما[٢٤] تَحَكُّمٌ لا يجوزُ المَصيرُ إليه بغيرِ دليلٍ ، وهذا واردٌ عليهم فى المسألةِ الأُولَى أيضا .

فصل : إذا تزوَّجَ مُعْتَقٌ بمُعْتَقةٍ ، فأَوْلَدَها وَلَدَينِ ، فوَلاؤُهما لمَوْلَى أبيهما[٢٥] . فإن نَفاهُما باللِّعانِ ، عاد وَلاؤُهما إلى مولَى أُمِّهما[٢٦] . فإن مات أحدُهما ، فمِيراثُه لأُمِّه ومَوالِيها[٢٧] . فإن أكْذَبَ أبوهُما نَفْسَه ، لَحِقَه نَسَبُهما ، واسْتَرْجَعَ الميراثَ من مَوالِى الأُمِّ . ولو كان أبوهُما عبدًا ، ولم يَنْفِهِما ، ووَرِثَ موالِى الأُمِّ المَيِّتَ منهما ، ثم أُعْتِقَ الأبُ انْجَرَّ الوَلاءُ إلى مَوالِى الأبِ ، ولم يكُنْ لهم [٢٨]ولا للأبِ[٢٨] اسْتِرْجاعُ الميراثِ ؛ لأنَّ الوَلاءَ إنَّما ثَبَتَ لهم عندَ إعْتاقِ الأبِ ، ويُفارِقُ الأبَ إذا أكْذَبَ نَفْسَه ؛ لأنَّ النَّسَبَ ثَبَتَ من حينِ خَلْقِ الوَلِدِ .

فصل : وإذا تَزَوَّج عبدٌ مُعْتَقةً ، فاسْتَوْلَدَها أولادًا ، فهم أحْرارٌ ، وولاؤُهم لمَوالِى أُمِّهم . فإن اشْتَرَى أحدُهم أباهُ ، عَتَقَ عليه ، وله ولاؤُه ، ويَجُرُّ إليه وَلاءَ أولادِه كُلِّهم ، ويَبْقَى وَلاءُ المُشْتَرِى لمَوْلَى أُمِّه ؛ لأنَّه لا يكونُ مَوْلَى نَفْسِه . وهذا قولُ جُمْهورِ الفُقَهاءِ ؛ مالكٌ فى أهلِ المدينةِ ، وأبو حنيفةَ فى أهلِ العراقِ ، والشافعىِّ . وشَذَّ عمرُو بن دينارٍ المَدَنِىُّ ، فقال : يَجُرُّ ولاءَ نَفْسِه ، فيَصِيرُ حُرًّا لا وَلاءَ عليه . قال ابنُ سُرَيْجٍ : ويَحْتَمِلُه قولُ الشَّافِعِىِّ . ولا تَعْوِيلَ[٢٩] على هذا القولِ لشُذوذِه ، ولأنَّه يُؤدِّى إلى أن يكونَ الوَلاءُ ثابتًا على أبَوَيْه دونَه ، مع كَوْنِه مَوْلودًا لهما فى حالِ رِقِّهما ، أو فى حالِ ثُبوتِ الوَلاءِ عليهما ، وليس لنا مثلُ هذا فى الأُصولِ ، ولا يُمْكِنُ أن يكونَ مولَى نفسِه ، يَعْقِلُ عنها ، ويَرِثُها ، ويُزَوِّجُها ، لكنْ لو اشْتَرَى هذا الولدُ عبدًا فأعْتَقَه ، ثم اشْتَرَى العبدُ أبا مُعْتِقِه فأعْتَقَه ، فإنَّه يَنْجَرُّ إليه وَلاءُ سَيِّدِه ، فيكونُ لهذا الولدِ على مُعْتِقِه الوَلاءُ بإعْتاقِه أباه ، وللعَتِيقِ وَلاءُ مُعْتِقِه بوَلائِه على أبيه وجَرِّه ولاءَه بإعْتاقِه أباه . ولا يَمْتَنِعُ مثل هذا ، كما لو أعْتَقَ الحربِىُّ عَبْدًا فأسْلَمَ / ، ثم أُسِرَ سَيِّدُه وأعْتَقه ، صار كلُّ واحدٍ منهما مَوْلَى الآخرِ من فَوْقٍ ٦/١٩١و

---

(٢٤) فى م : « عليهم » .

(٢٥) فى م : « أبيها » .

(٢٦) فى م : « أمها » .

(٢٧) فى م : « ومواليهما » .

(٢٨–٢٨) فى م : « ولاء ولا للأب » .

(٢٩) فى م : « يعول » .

ومن أسْفَلٍ ، ويَرِثُ كلُّ واحدٍ منهما الآخَرَ بالوَلاءِ ، وكما جاز أن يشْتَرِكا فى النَّسَبِ ، فيرِثُ كلُّ واحدٍ منهما صاحِبَه به ، كذلك الوَلَاءُ . وإن تزوَّجَ وَلَدُ الْمُعْتَقةِ مُعْتَقةً ، فأَوْلَدَها ولدًا ، فاشْتَرَى جَدَّهُ ، عَتَقَ عليه ، وله ولاؤُه ، ويَجُرُّ إليه ولاءَ أبيه وسائرَ أولادِ جَدِّه ، وهم عُمُومَتهُ وعَمّاتُه ، وولاءَ جميعِ مُعْتَقِيهم ، ويَبْقَى وَلاءُ المُشْتَرِى لِمَوْلَى أُمِّ أبيه . وعلى قولِ عَمْرِو بن دينارٍ ، يَبْقَى حُرًّا ، لا وَلاءَ عليه .

فصل : إذا تزوَّجَ عبدٌ بمُعْتَقَةٍ[30] ، فأَوْلَدَها ولدًا[31] ، فتزوَّجَ الولدُ بمُعتَقَة رجلٍ ، فأَوْلَدَها ولدًا ، فولاءُ هذا الولدِ الآخِرِ ، لِمَوْلَى أُمِّ أبيه ، فى أحد الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ له الوَلاءَ على أبيه ، فكان الوَلاءُ[32] له عليه ، كما لو كان مَوْلَى جَدِّه ، ولأنَّ الوَلاءَ الثَّابِتَ على الأَبِ يَمْنَعُ ثُبوتَ الوَلاءِ لِمَوْلَى الأُمِّ . والوَجْهُ الثانى ، وَلاؤُه لِمَوْلَى أُمِّه ؛ لأنَّ الوَلاءَ الثَّابِتَ على ابنِه من جِهَةِ أُمِّه ، ومثلُ ذلك ثابتٌ فى حَقِّ نفسِه ، وما ثَبَتَ فى حَقِّه أَوْلَى ممَّا ثَبَتَ فى حَقِّ أبيه ، أَلَا تَرَى أنَّه لو كان له مَوْلًى ولأبيه مَوْلًى ، كان مَوْلاهُ أحقَّ به من مَوْلَى أبيه . فإن كان له مَوْلَى أُمٍّ ، ومَوْلَى أُمِّ أبٍ ، ومَوْلَى أُمِّ جَدٍّ ، وجَدُّ[33] أبيه[34] مملوكٌ ، فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ يكونُ لِمَوْلَى أُمِّ الجَدِّ ، وعلى الثانى يكونُ لِمَوْلَى الأُمِّ .

فصل : وإن تزوَّجَ مُعْتَقٌ بمُعْتَقَةٍ ، فأَوْلَدَها بِنْتًا ، وتزوَّج عبدٌ بمُعْتَقَةٍ ، فأَوْلَدها ابنًا ، فتزوَّجَ هذا الابنُ بنتَ المُعْتَقَيْنِ ، فأَوْلَدَها ولدًا ، فوَلاءُ هذا الولدِ لِمَوْلَى أُمِّ أبيه ؛ لأنَّ له الوَلاءَ على أبيه . وإن تزوَّجَتْ بِنْتُ الْمُعْتَقَيْنِ[34] بمَمْلُوكٍ ، فوَلاءُ ولدِها لِمَوْلَى أبِيها ؛ لأنَّ وَلاءَها له ، فإن كان أبُوها ابنَ مَمْلُوكٍ ومُعْتَقَةٍ ، فالوَلاءُ لِمَوْلَى أُمِّ أبى الأُمِّ ، على الوَجْه الأَوَّلِ ؛ لأنَّ مَوْلَى أُمِّ[34] أبى الأُمِّ يَثْبُتُ له الولاءُ على أبى الأُمِّ ، فكان مُقَدَّمًا

---

(٣٠) فى ا ، م : « لمعتقة » .

(٣١) فى م زيادة : « ولدا » .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٣) فى م : « وجدة » .

(٣٤) سقط من : م .

١٩١/٦ظ على[٣٥] أُمِّها ، / وثَبَتَ[٣٦] له الوَلاءُ عليها .

فصل : فى دَوْرِ الوَلاء ، إذا تزوَّجَ عبدٌ مُعْتَقَةً ، فأوْلَدها بِنْتَيْنِ ، فاشترتَا أباهُما ، عَتَقَ عليهما ، ولهما عليه الوَلاءُ ، وتَجُرُّ كلُّ واحدةٍ منهما نِصْفَ وَلاءِ أُخْتِها إليها ؛ لأنَّها أعْتَقَتْ نِصْفَ الأبِ ، ولا يَنْجرُّ الوَلاءُ الذى عليها ، ويَبْقَى نِصْفُ وَلاءِ كلِّ واحدةٍ منهما لِمَوْلَى أُمِّها . فإن مات الأبُ ، فمالُه لهما ثُلُثاه بالبُنُوَّةِ ، وباقِيه بالوَلاءِ . فإن ماتَتْ إحْداهُما بعدَ ذلك فلأُخْتِها النِّصْفُ بالنَّسَبِ ، ونِصْفُ الباقى بأنَّها مَوْلاةُ نِصفِها ، فصار لها ثلاثةُ أرْباعِ مالِها ، والرُّبعُ الباقى لِمَوْلَى أُمِّها . فإن كانت إحْداهُما ماتَتْ قبلَ أبِيها، فمالُها لأبِيها . ثم إذا مات الأبُ فللباقِيةِ نصفُ ميراثِ أبِيها[٣٧] ؛ لكَوْنِها بِنْتَه ، ونصفُ الباقى وهو الرُّبعُ ، لِكَوْنِها مَوْلاةَ نِصفِه ، يَبْقَى الرُّبعُ لِمَوالِى البِنْتِ التى ماتَتْ قبلَه فنِصفُه لهذه البِنْتِ ؛ لأنَّها مَوْلاةُ نِصفِ أُخْتِها ، صار لها سبعةُ أثْمانِ مِيراثِه ، ولِمَوْلَى أُمِّ المَيِّتةِ الثُّمنُ . فإن ماتت البِنْتُ الباقيةُ بعدَهما ، فمالُها لِمَوالِيها ، نِصفُه لِمَوْلَى أُمِّها ، ونِصفُه لِمَوْلَى أُخْتِها المَيِّتةِ ، وهم أُخْتُها ومَوْلَى[٣٨] أُمِّها ، فنِصفُه لِمَوْلَى أُمِّها ، وهو الرُّبعُ ، والرُّبعُ الباقى يَرْجِعُ إلى هذه المَيِّتةِ ، فهذا الجزءُ دائرٌ ؛ لأنَّه خَرَجَ من هذه المَيِّتةِ ، ثم دارَ إليها ، فقال القاضى : يُجْعَلُ فى بيتِ المالِ ؛ لأنَّه لا مُسْتَحِقَّ له نَعْلَمُه . وهذا قولُ محمدِ بن الحسنِ ، وقياسُ قولِ مالكٍ ، والشَّافعىِّ . وقال بعضُ الشَّافِعيَّةِ ، وبعضُ المدنيِّين : هو لِمَوْلَى أُمِّ المَيِّتةِ . وهذا قولُ الجمهورِ . وهاتانِ المسألتانِ أصلٌ فى دَوْرِ الوَلاءِ ، وفيها أقوالٌ شاذَّةٌ سِوَى ما ذَكَرْناه ، وهذا أصحُّ ما قِيل فيها ، إن شاءَ اللهُ . فإن ماتتِ الابْنَتانِ قبلَ الأبِ ، وَرِثَ مالَهما بالنَّسبِ . فإن مات بعدَهما ، فمالُه يُقَسَّمُ على ثمانيةِ أسْهُمٍ ، لكلِّ واحدةٍ من ابْنَتَيْهِ أربعةُ أسْهُمٍ ، سَهْمانِ لِمَوْلَى أُمِّها وسهمان لِمَوْلَى

---

(٣٥) فى م زيادة : « المعتقين » .

(٣٦) فى م : « ويثبت » .

(٣٧) تكرر هنا فى ا ، م قوله : « فمالها لأبيها ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها » .

(٣٨) فى م : « وموالى » .

أُختِهـا ، يُقَسَّمـان أيضا لمِوْلَى[39] أُمِّهـا سهـمٌ ، وسهـمٌ دائـرٌ يَرْجِـعُ / إلى بيتِ ١٩٢/٦و
المال ، فيَحْصُلُ لبيتِ المالِ الرُّبعُ ، ولِمَوْلَى أُمِّها ثلاثةُ أرباعٍ . فإن كُنَّ ثلاثًا ماتت إحْداهُنَّ قبلَ الأبِ ، والأخرَى بعدَه ، فمالُ الأبِ على سبعةٍ وعشرِينَ ، لِابنتَيه ثُلُثاها بالنَّسَبِ ، وثُلُثا الباقي بوَلائِهما عليه ، وثلثُ الباقي بوَلائِهما على أُختِهما ، ويَبْقَى لِمَوْلَى الأُمِّ سَهْمٌ ، ومالُ الثانيةِ على ثمانيةَ عشرَ ، لِلحَيَّةِ تسعةٌ بالنَّسَبِ ، وثلاثةٌ بوَلائِها عليها ، ولِمَوْلَى أُمِّها ثلاثةٌ ، ويَبْقَى ثلاثةٌ لِمَوالِي المَيِّتَةِ الأُولَى ، للحَيَّةِ سهمٌ ، ولِمَوْلَى أُمِّها سهمٌ ، ويَبْقَى سهمٌ دائرٌ ، فمَن جَعَله لبيتِ المالِ ، دَفَعَه إليه ، ومن جَعله لِمَوْلَى الأُمِّ ، فهو له ، ومن لم يَدْفَعْه ، قَسَّمه بين الحَيَّةِ ومَوْلَى الأُمِّ نِصْفَينِ ، وتَرْجِعُ بالاخْتصارِ إلى أربعةٍ ، فإن كانت أُمَّهاتُهُنَّ شَتَّى فمن اثْنَىْ عشرَ . فإن اشْتَرَى الابْنتانِ أباهُما ، ثم اشْتَرَى أبوهُما هو والكُبْرَى جَدَّهُما ، ثم مات الأبُ ، فمالُه بينهم أثلاثًا ، ثم إذا مات الجَدُّ وخَلَفَ ابْنَتَىْ ابنِه ، فلهما الثُّلُثانِ ، وللكُبْرَى نِصْفُ الباقِي ، لكَوْنِها مَوْلاةَ نِصْفِه ، يَبْقَى السُّدسُ لِمَوالِي الأبِ ؛ لأنَّه مَوْلَى نِصْفِ الْجَدِّ ، وهم ابْنتاه ، فيَحْصُلُ للكُبْرَى ثلثُ المالِ ورُبْعُه ، وللصُّغْرَى رُبْعُه وسُدسُه ، فإن كانت بحالِها ، فاشْتَرتِ الكُبْرَى وأبوها أخاهُما لِأبِيهما ، فالجوابُ فيها كالتي قبلَها .

(٣٩) في م : « لموالي » .

باب مِيرَاثِ الوَلاءِ

يعْنِى – واللهُ أعلم – المِيراثَ بالولاءِ . وأضاف الميراثَ إليه ؛ لأنَّه سَبَبُه ، فإنَّ الشيءَ يُضافُ إلى سَبَبِه ، كما يقال : دِيَةُ الخَطَإِ ، وديةُ العَمْدِ . وإنَّما قُلْنا ذلك ؛ لأنَّ الوَلاءَ لا يُورَثُ ، وإنَّما يُورَثُ به . وهذا قولُ الجمهورِ . رُوِىَ نحوُ ذلك عن عمرَ ، وعثمانَ ، وعلىٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عمرَ ، وأُسامةَ بن زيدٍ ، وأبى مسعودٍ البَدْرِىِّ ، وأُبَىِّ بنِ كعبٍ . وبه قال عَطاءٌ ، وطَاوُسٌ ، وسالمٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وقَتادةُ ، والشَّعْبِىُّ ، وإبراهيمُ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وأهلُ / العراقِ ، وداودُ . وجَعلَ شُرَيحٌ الوَلاءَ مَوْرُوثا كالمالِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إنَّما الولاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[1] . وقولُه : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ »[2] . والنَّسَبُ يُورَثُ به ولا يُورثُ ، فكذلك الوَلاءُ . ولأنَّ الوَلاءَ إنَّما يحْصُلُ بإنْعامِ السَّيِّدِ على [3]عَبْدِه بالْعِتْقِ[3] ، وهذا المعنى لا ينْتَقِلُ عن المُعْتِقِ ، فكذلك الوَلاءُ .

٦/١٩٢ظ

١٠٦٠ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إلَّا مَا أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَو كَاتَبْنَ ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ ، وَقَدْ رُوِىَ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فِى بِنْتِ المُعْتِقِ خَاصَّةً ، أَنَّهَا تَرِثُ ؛ لِمَا رُوِىَ عَنِ النَّبِىِّ ﷺ ، أَنَّهُ وَرَّثَ بِنْتَ حَمْزَةَ مِنَ الَّذِى أَعْتَقَهُ حَمْزَةُ)[1]

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٣–٣) فى م : « المعتق » .

(١) انظر ما تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ . ومن أول قوله : « وقد روى » نسخ على أنه من الشرح ، وما يأتى من قول ابن قدامة : « والرواية التى ذكرها الخرقى » يوضح أنه من المتن .

قولُه : « ولا يَرِثُ النساءُ من الوَلَاءِ » . (٢أى بالوَلاءِ٢) ؛ لما قَدَّمْنا من أنَّ الوَلاءَ لا يُورَثُ ، ولهذا قال : « إلَّا ما أعْتَقْنَ » . ومُعْتَقُهُنَّ وَلاؤُه لَهُنَّ ، فكيف يَرِثْنَه ! والظَّاهِرُ من المَذْهبِ أنَّ النِّساءَ لا يَرِثْنَ بالوَلاءِ إلَّا ما أعْتَقْنَ ، أو أعْتَقَ مَن أعْتَقْنَ ، جَرَّ(٣) الوَلاءَ إليهنَّ مَنْ أعْتَقْنَ . والكِتابةُ كذلك ؛ فإنَّها إعْتاقٌ . قال القاضى : هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . والرِّوايةُ التى ذكرَها الخِرَقِىُّ فى ابْنَةِ المُعْتِقِ ما وَجَدْتُها مَنْصوصةً عنه . وقد قال ، فى روايةِ ابنِ القاسمِ ، وقد سألَه : (٤هل كان المَوْلَى لحَمْزَةَ٤) أو لابْنَتِه ؟ فقال : لِابْنَتِه(٥) . فقد نَصَّ على أنَّ ابنةَ حمزةَ وَرِثَتْ بوَلاءِ نفسِها ؛ لأنَّها هى المُعْتِقةُ . وهذا قولُ الجمهورِ ، وهو قولُ مَن سَمَّيْنا فى أوَّلِ البابِ من الصَّحابةِ والتَّابِعين ومَن(٦) بَعْدَهم غيرَ شُرَيْحٍ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لإِجْماعِ الصَّحابةِ ومَنْ بعدَهم عليه ، ولأنَّ الوَلاءَ لُحْمةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ ، والمَوْلَى كالنَّسِيبِ من الأخِ والعَمِّ ونحوِهما ، فوَلَدُه من العَتِيقِ بمنزلةِ وَلَدِ أخِيه وعَمِّه ، ولا يَرِثُ منهم إلَّا الذُّكورُ خاصَّةً . فأمَّا روايةُ الخِرَقِىِّ فى بِنْتِ / المُعْتِقِ ، فوَجْهُها ما رَوَى إبراهيمُ النَّخَعِىُّ ، أنَّ مَوْلًى لحمزةَ مات ، وخَلَّفَ بِنْتًا ، فورَّثَ النبىُّ ﷺ بِنْتَهُ النِّصْفَ ، وجَعَلَ لبنتِ حمزةَ النِّصْفَ(٧) . والصَّحِيحُ أن المَوْلَى كان لبنتِ حَمْزةَ . قال عبدُ اللهِ بن شَدَّادٍ : كان لبنتِ حمزةَ مولًى أعْتَقَتْه ، فمات ، وترك ابْنَتَه ومَوْلاتَه بنتَ حمزةَ ، فرُفِعَ ذلك إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فأعْطَى ابْنَتَه النِّصْفَ ، وأعطَى مَوْلاتَه بنتَ حمزةَ النِّصْفَ . قال عبدُ اللهِ بن شَدَّادٍ : أنا أعلمُ بها ؛ لأنَّها أُخْتِى من أُمِّى ، أُمُّنا سَلْمَى . رَواه ابن اللَّبَّانِ بإسْنادِه(٧) ، وقال : هذا أصَحُّ ممَّا رَوَى إبراهيمُ . ولأنَّ البِنْتَ من النِّساءِ ، فلا تَرِثُ بالوَلاءِ كسائرِ النِّساءِ . فأمَّا تَوْرِيثُ المرأةِ من مُعْتَقِها ، ومُعْتَقِ

٦/١٩٣و

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « وجر » .

(٤ - ٤) فى م : « على كان لمولى حمزة » . تصحيف وتحريف .

(٥) سقط من : م .

(٦) سقطت الواو من : ا .

(٧) انظر ما تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

مُعْتَقِها ، ومن جَرَّ ولاءَ مُعْتَقِها ، فليس فيه اخْتلافٌ بين أهل العلمِ . وقد نَصَّ النبىُّ ﷺ على ذلك ، فإنَّ عائشةَ أرادت شراءَ بريرة لتُعْتِقَها ، ويكونَ ولاؤُها لها ، فأراد أهلُها اشْتراطَ وَلائِها ، فقال النبىُّ ﷺ : « اشْتَرِيهَا ، واشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ ، فَإِنَّما الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه[8] . وقال عليه السلامُ : « تَحُوزُ[9] الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَها ، ولَقِيطَها ، ووَلَدَها الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ »[10] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ المُعْتِقةَ مُنْعِمَةٌ بالإعْتاقِ ، كالرَّجُلِ ، فوَجَبَ أن تُساوِيَه فى الميراثِ . وفى حديثِ مولَى بنتِ حمزةَ ، الذى ذكرْناه ، تَنْصِيصٌ على توريثِ المُعْتِقَةِ . وأمَّا مُعْتَقُ أبِيها ، فهو بمَنْزِلةِ عَمِّها ، أو عَمِّ أبِيها ، فلا تَرِثُه ، ويَرِثُه أخُوها ، كالنَّسَبِ .

ومن مسائلِ ذلك : رَجُلٌ مات وخلَّف ابنَ مُعْتِقه وبنتَ مُعْتِقِه ، فالميراثُ لابنِ مُعْتِقِه خاصَّةً . وعلى الرِّوايةِ الأُخرَى ، يكونُ الميراثُ بينهما أثلاثًا . فإن لم يُخَلِّفْ إلَّا بِنْتَ مُعْتِقِه ، فلا شىءَ لها ، ومالُه لبيتِ المالِ ، إلَّا على الرِّوايةِ الأُخرَى ، فإنَّ الميراثَ لها . وإن خلَّف أختَ مُعْتِقِه ، فلا شىءَ لها ، روايةً واحدةً . /وكذلك إن خلَّف أمَّ مُعْتِقِه أو جَدَّةَ مُعْتِقِه أو غيرَهما . وإن خَلَّفَ أخا مُعْتِقِه وأختَ مُعْتِقِه ، فالميراثُ للأخِ . ولو خلَّف بنتَ مُعْتِقِه وابنَ عَمِّ مُعْتِقِه أو مُعْتِقَ مُعْتِقِه ، أو ابنَ مُعْتِقِ مُعْتِقِه ، فالمالُ له دُونَ البِنْتِ ، إلَّا على الرِّوايةِ الأُخرَى ، فإنَّ لها النِّصْفَ ، والباقى للعَصَبةِ . وإن خلَّف بِنْتَه ومُعْتِقَه ، فلبِنْتِه النِّصْفُ ، والباقى لمُعْتِقِه ، كما فى قصَّةِ مَوْلَى بنتِ حمزةَ ؛ فإنَّه مات وخَلَّفَ بِنْتَه وبنتَ حمزةَ التى أعْتَقَتْه ، فأعْطَى النبىُّ ﷺ بنتَه النصفَ ، والباقىَ لمَوْلاتِه . وإن خلَّف ذا فَرْضٍ سِوَى البِنْتِ ، كالأُمِّ ، أو الجَدَّةِ ، أو الأُخْتِ ، أو الأخِ من الأُمِّ ، أو الزَّوْجِ ، أو الزَّوْجةِ ، أو مَنْ لا يَسْتَغْرِقُ فَرْضُه المالَ ، ومَوْلاه[11] أو مَوْلاتَه ، فإنَّ لِذى الفَرْضِ

ظ ١٩٣/٦

---

(8) انظر تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(9) فى الأصل ، ا : « تحرز » .

(10) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(11) فى م : « أو مولاه » .

فَرْضَه ، والباقى لِمَوْلاه أو مَوْلاتِه[١٢] . فى قولِ جُمْهورِ العُلَماءِ . وقد سبقَ ذكرُ ذلكَ . رجلٌ وابْنَتُه ، أعْتَقَا عبدًا ، ثم مات الأبُ ، وخلَّف ابْنَه وبِنْتَه ، فمالُه بينهما أثلاثًا ، ثم مات العبدُ ، فللبنْتِ النِّصْفُ ؛ لأنَّها مَوْلاةُ نِصْفِه ، والباقى لابنِ المُعْتِقِ خاصَّةً ، إلَّا على الروايةِ الضعيفةِ ، فإنَّ الباقىَ يكونُ بينهما على ثلاثةٍ ، فيكونُ للبنْتِ الثُّلُثانِ ، ولأخيها الثُّلُثُ . وإن ماتت البنتُ قبلَ العَبْدِ ، وخلَّفتِ ابنًا ، ثم مات العبدُ ، فلابْنِها النِّصْفُ ، والباقى لأخِيها . ولو لم تُخلِّفِ البنتُ إلَّا بِنْتًا ، كان الوَلاءُ كلُّه لأخِيها دُونَ بِنْتِها ، إلَّا على الرِّوايةِ الأُخرَى ، فإنَّ لِبِنْتِها النِّصْفَ ، والباقىَ لأخِيها . وإن مات الابنُ قبلَ العَبْدِ ، وخلَّف بِنْتًا ، ثم مات العبدُ ، وخلَّفَ مُعْتقةَ نِصْفِه[١٣] وبنتَ أخِيها ، فللمُعْتقةِ نصفُ مالِه ، وباقِيه لبيتِ المالِ . وعلى الرِّوايةِ الأُخرَى ، لها النِّصْفُ بإعْتاقِها ، ونِصْفُ الباقى ؛ لأنَّها بنتُ مُعْتِقِ النِّصْفِ ، والباقى لعَصَبةِ أبِيها[١٤] . ولو كانت البنتُ ماتتْ أيضا قبلَ العَبْدِ ، وخلَّفت ابْنَها ، ثم مات العبدُ ، فلابنِها النِّصْفُ ، ولا شىءَ لِبنْتِ أخيها . امرأةٌ أعْتقتْ أباها ، ثم أعْتَقَ أبُوها عبدًا ، ثم مات / الأبُ ، ثم العبدُ ، فمالُهما لها . فإن كان أبُوها خَلَّفَ بِنْتًا أُخرَى معها ، فلهما ثُلُثَا مالِ الأبِ بالنَّسَبِ ، والباقى للمُعْتِقةِ بالوَلاءِ ، ومالُ العَبْدِ جَمِيعُه للمُعْتِقةِ دون أُخْتِها . ويتخرَّجُ على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، أن يكونَ لهما ثُلُثَا مالِ العبدِ أيضا ، وباقِيه للمُعْتِقَةِ . ولو كان الأبُ خَلَّفَ مع المُعْتِقةِ ابْنًا ، فمالُ الأبِ بينهما أثلاثًا بالبُنُوَّةِ ، ومالُ العبدِ كلُّه للابنِ دون أُخْتِه المُعْتِقَةِ ؛ لأنَّه يَرِثُ بالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ مُقدَّمٌ على الوَلاءِ . ولو خلَّفَ الأبُ أخًا ، أو عَمًّا ، أو ابنَ عَمٍّ ، مع البنتِ ، فللبنتِ نِصْفُ ميراثِ أبيها ، وباقِيه لِعَصَبَتِه ، ومالُ العَبْدِ لعَصَبَتِه ، ولا شىءَ لبِنْتِه فيه ؛ لأنَّ العَصَبةَ من النَّسَبِ مقدَّمٌ على المُعْتِقِ فى الميراثِ ، إلَّا على روايةِ الْخِرَقِىِّ ، فإنَّ للبنتِ نصفَ ميراثِ العَبْدِ ، لكَوْنِها بنتَ المُعْتِقِ ، وباقِيه لعَصَبَتِه . امرأةٌ وأخوها ، أعْتَقا أباهما ، ثم أعْتَقَ

١٩٤/٦و

---

(١٢) فى الأصل ، ا : « لمولاته » .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) فى ا ، م : « ابنها » .

أبوهُما عبدًا ، ثم مات الأبُ ، فمالُه بينهما أثلاثًا ، ثم إذا مات العبدُ فميراثُه للابنِ دون أُختِه ؛ لأنَّه ابن المُعْتِقِ يَرِثُه بالنسبِ ، وهي مَوْلاةُ المُعْتِقِ ، وابنُ[15] المُعْتِقِ مُقَدَّمٌ[16] على مَوْلاه . فإن مات أخوها قبلَ أبيه ، وخَلَّفَ بنتًا ، فمالُه بين ابنَتِه وأبيه[17] نِصفَيْن . ثم إذا مات الأبُ ، فقد خلَّف بِنْتَه وبنتَ ابنِه ، وبنْتُه مَوْلاةُ نِصفِه ، فلِبِنْتِه النصفُ ولِبنْتِ ابنِه السُّدُسُ ، ويَبْقَى الثلثُ لبِنْتِه نِصفُه ، وهو السُّدسُ ؛ لأنَّها مَوْلاةُ نِصفِه ، يَبْقَى السُّدسُ لِمَوالِى الأخِ إن كان ابنَ مُعْتِقِه وهم أُخْتُه ، ومَوالِى[18] أُمِّه ، فلأُخْتِه نصفُ السُّدسِ، والنِّصْفُ الباقى لِمَوْلَى أُمِّه، فحَصَلَ لأخِيه النِّصْفُ والرُّبعُ [19]ولابْنَتِه السُّدسُ[19] . وإن لم يكنِ ابنَ مُعْتِقِه ، بل كانت أُمُّه حُرَّةَ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ عليه ، وتأخذُ أختُه الباقىَ كلَّه بالرَّدِّ إن لم يُخَلِّفْ الأبُ عَصَبَةً ، فإن خَلَّفَ الأبُ عصبةً من نَسَبِه ، كأخٍ أو عَمٍّ أوابنِ عَمٍّ أو عَمِّ أبٍ ، فلِبِنْتِه النصفُ ، [20]ولِبنْتِ ابنِه السُّدُسُ[20] ، والباقى لعَصَبَتِه . ولو اشْتَرَى رجلٌ وأختُه أخاهما ، / ثم اشْتَرَى أخوهُما عبدًا فأعْتَقَه ، ثم مات أخوهُما ، فمالُه بينهما أثْلاثًا . ثم إذا مات عَتِيقُه ، فميراثُه لأخِيه دُونَ أختِه . ولو مات الأخُ المُعْتِقُ قبلَ مَوْتِ العبدِ ، وخلَّف ابنَه ، ثم مات العبدُ ، فميراثُه لابنِ أخِيها دُونَها ؛ لأنَّه ابنُ أخِى المُعتِقِ . وإن لم يُخَلِّفِ الأخُ إلَّا بِنْتَه ، فنِصْفُ مالِ العبدِ للأُخْتِ ؛ لأنَّها مُعْتِقةُ نِصْفِ مُعْتِقِه ، ولا شيءَ لبنْتِ الأخِ ، رِوَايةً واحدةً ، والباقى لبيتِ المالِ .

٦/١٩٤ظ

فصل : إذا خَلَّفَ المَيِّتُ بنتَ مَوْلاه ومَوْلَى أبيه ، فمالُه لبيتِ المالِ ؛ لأنَّه إذا ثَبَتَ

---

(١٥) فى م : « ولأن » .

(١٦) فى م : « يقدم » .

(١٧) فى النسخ : « وابنه » .

(١٨) فى الأصل ، ا : « ومولى » .

(١٩ – ١٩) فى م : « والسدس » .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : م .

عليه الولاءُ من جِهَةِ مُباشَرَتِه بالعِتْقِ ، لم يَثْبُتْ عليه بإعْتاقِ أبِيه ، وإذا لم يكُنْ لمَوْلاه إلَّا بِنْتٌ لم تَرِثْ ؛ لأنَّها ليست عَصَبَةً ، وإنَّما يَرِثُ عَصَباتُ المَوْلَى ، فإذا لم يكُنْ له عَصَبَةٌ ، لم يَرْجِعْ إلى مُعْتِقِ أبِيه . وكذلك إن كان له مُعْتِقُ أبٍ أو مُعْتِقُ[21] جَدٍّ ، ولم يكُنْ هو مُعْتِقًا ، فميراثُه لمُعتِقِ أبِيه إن كان ابنَ مُعْتِقِه ، ثم لعَصَبَة مُعْتِقِ أبيه ، ثم لمُعْتِقِ مُعْتِقِ أبيه . فإن لم يكنْ له أحدٌ منهم ، فلِبَيْتِ المالِ ، ولا يرجعُ إلى مُعْتِقِ جَدِّه ، وإن كانت أُمُّهُ حُرَّةَ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ عليه ، وليس لمُعْتِقِ أبِيه شيءٌ .

فصل : امرأةٌ حُرَّةٌ لا وَلاءَ عليها ، وأبَواها رَقِيقانِ ، أعْتَقَ إنسانٌ أباها ، ويُتَصَوَّرُ هذا فى موضعينِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ جَمِيعُهم كُفَّارًا ، فتُسْلِمَ هى ويُسْبَى أبواها ، فيُسْتَرَقانِ . والثانى ، أن يكونَ أبُوها عبدًا تزَوَّجَ أمةً على أنَّها حُرَّةٌ ، فوَلَدَتْها ، ثم ماتت وخَلَّفَت مُعْتِقَ أبِيها ، لم يَرِثْها ؛ لأنَّه إنَّما يَرِثُ بالوَلاءِ ، وهذه لا وَلاءَ عليها . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا تزوَّجَ عبدٌ حُرَّةَ الأصْلِ ، فأوْلَدَها ولدًا ، ثم أُعْتِقَ العبدُ ، ومات ، ثم مات الولدُ ، فلا مِيراثَ لمُعْتِقِ أبِيه ؛ لأنَّه لا وَلاءَ عليه . ولو كان ابْنتانِ على هذه الصِّفَةِ ، اشْتَرتْ إحداهُما أباها ، فعَتَقَ عليها ، فلها ولاؤُه ، وليس لها ولاءٌ على أُخْتِها ، فإذا مات أبُوهُما ، فلهما الثُّلُثانِ بالنَّسَبِ ، ولها الباقى بالولاءِ ، فإذا ماتت / أختُها ، فلها نِصْفُ مِيراثِها[22] بالنَّسَبِ ، وباقِيه لعَصَبَتِها ، فإن لم يكُنْ لها عَصَبَةٌ ، فالباقى لأُخْتِها بالرَّدِّ ، ولا مِيراثَ لها منها بالوَلاءِ ؛ لأنَّها لا وَلاءَ عليها .

٦/١٩٥و

فصل : ولا يَرِثُ من أقاربِ المُعْتِقِ ذو فَرْضٍ مُنْفَرِدٍ ، كالأخِ من الأُمِّ والزَّوْجِ ؛ لأنَّ الوَلاءَ للعَصَباتِ ، وليس هؤلاءِ عَصَباتٍ ، فحُكْمُهم حكمُ النِّساءِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنَّه قال : لا يَرِثُ النِّساءُ من الوَلاءِ إلَّا ما أَعْتَقْنَ ، أو أَعْتَقَ مَنْ أعْتَقْنَ ، إلَّا أنَّ المُلاعِنَةَ تَرِثُ مَنْ أعْتَقَ ابنُها . وهذا يُخَرَّجُ على الرِّوايةِ التى تقولُ : إنَّ المُلاعِنَةَ عَصَبَةُ ابنِها ، وهى أحقُّ

---

(٢١) فى ا : « ومعتق » .

(٢٢) فى م : « ميراثه » .

بالميراثِ من عَصَبَتِها ، فترِثُ لكَوْنِها عَصَبةً قائمةً مَقامَ أبِيه ، فأمَّا على الروايةِ الأُخرَى ، فإنَّ الولاءَ يكونُ لعَصَبَتِها .

١٠٦١ - مسألة ؛ قال : (والْوَلَاءُ لِأَقْرَبِ عَصَبةِ الْمُعْتِقِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المَوْلَى العَتِيقَ إذا لم يُخَلِّفْ مِن نَسَبِه مَنْ يَرِثُ مالَه ، كان مالُه لِمَوْلاه ، على ما أسْلَفْناه . فإن كان مَوْلاه مَيِّتًا ، فهو لأقْرَبِ عَصَبَتِه ، سواءٌ كان ولدًا ، أو أبًا ، أو أخًا ، أو عَمًّا ، أو ابنَ عَمٍّ ، أو عَمَّ أبٍ ، وسواءٌ كان المُعْتَقُ ذكرًا أو أُنثى . فإن لم يكُنْ له عَصَبةٌ من نَسَبِه ، كان الميراثُ لِمَوْلاه ، ثم لعَصَباتِه الأقْرَبِ فالأقْرَبِ ، ثم لِمَوْلاه ، وكذلك أبدًا . رُوِيَ هذا عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال الشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وأبو حنيفةَ وصاحِبَاه . وقد رُوِيَ عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ما يَدُلُّ على أنَّ مَذْهَبَه فى امرأةٍ ماتتْ وخَلَّفَت ابْنَها وأخاها ، أو ابنَ أخِيها ، أنَّ ميراثَ مَوالِيها لأخِيها وابنِ أخِيها ، دون ابْنِها . ورُوِيَ عنه الرُّجوعُ إلى مثلِ قَوْلِ الجماعةِ ، فرُوِيَ عن إبراهيمَ أنَّه قال : اخْتَصَمَ عليٌّ والزُّبَيْرُ فى مَوالِى صَفِيَّةَ بنتِ عبدِ المُطَّلِبِ ، فقال عليٌّ : أنا أحَقُّ بهم ، أنا أرِثُهم وأعْقِلُ عنهم . وقال الزبيرُ : / هم مَوالِى أُمِّى ، وأنا أرِثُهم . فقَضَى عمرُ للزُّبَيْرِ بالميراثِ ، والعَقْلِ علَى عليٍّ . رواه سعيدٌ[1] ، قال : حدَّثنا أبو مُعاوِيةَ ، حدَّثنا عُبَيْدةُ الضَّبِّيُّ ، عن إبراهيمَ ، وقال : ثنا هُشَيْمٌ . ثنا الشَّيْبَانِيُّ ، عن الشَّعْبِيِّ ، قال : قَضَى بوَلاءِ مَوالِى صَفِيَّةَ للزُّبَيْرِ دُون العَبَّاسِ ، وقَضَى عمرُ فى مَوالِى أُمِّ هانئٍ بنتِ أبى طالبٍ لأبيها جَعْدةَ بن هُبَيْرةَ دون عليٍّ . ورَوَى الإمامُ أحمدُ[2] ، بإسنادِه عن زِيَادِ ابن أبى مَرْيَمَ ، أنَّ امرأةً أعْتَقَتْ عبدًا لها ، ثم تُوُفِّيَتْ ، وتَركَتْ ابنًا

6/195ظ

---

(١) أخرجهما سعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يعتق فيموت ... السنن ١ / ٩٤ .

(٢) أخرجه الدارمى ، فى : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٧٢ . وليس فى المسند ، وانظر : إرواء الغليل ٦ / ١٣٦ .

لها[٣] وأخاها . ثم تُوُفِّىَ مَوْلاها من بَعْدِها ، فأتَى أخو المرأةِ وابنُها رسولَ اللهِ ﷺ فى ميراثِه ، فقال عليه السلام : « مِيراثُه لِابْنِ الْمَرْأَةِ » . فقال أخوها : يا رسولَ اللهِ ، لو جَرَّ جَرِيرةً كانت علىَّ ، ويكون مِيراثُه لهذا ! قال : « نَعَمْ » . وروَى[٤] بإسْنادِه عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « الْمَوْلَى أَخٌ فِى الدِّينِ ، ومَوْلَى النِّعْمةِ يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بالمُعْتِقِ » . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّ المُعْتَقَةَ إذا ماتتْ وخَلَّفَت ابْنَها وأخاها أو ابنَ أخِيها ، ثم مات مَوْلاها ، فمِيراثُه لابْنِها ، وإن مات ابْنُها بعدَها وقبلَ مَوْلاها ، وتَركَتْ عَصَبةً ، كأعْمامِه وبَنِى أعْمامِه ، ثم مات العبدُ ، وتركَ أخا مَوْلاتِه وعَصَبةَ ابْنِها ، فمِيراثُه لأخِى مَوْلاتِه ؛ لأنَّه أقْرَبُ عَصَبةِ المُعْتِقِ ، فإنَّ المرأةَ لو كانت هى الْمَيِّتةَ ، لوَرِثَها أخوها وعَصَبَتُها ، فإن انْقرضَ عَصَبتُها ، كان بيتُ المالِ أحَقَّ به من عَصَبةِ أبيها ، يُروَى نحوُ هذا عن علىٍّ . وبه قال أبانُ بن عثمانَ ، وقَبِيصةُ بن ذُؤَيْبٍ ، وعطاءٌ ، وطاوسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وأهلُ العراقِ . ورُوِىَ عن علىٍّ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه لِعَصَبةِ الابْنِ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وبه قال شُرَيْحٌ . وهذا يَرْجِعُ إلى أنَّ الوَلاءَ لا يُورَثُ كما يُورَثُ المالُ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ نحوُ هذا . واحْتَجُّوا بأنَّ عَمْرَو بن شُعَيبٍ رَوَى عن أبيه ، عن جَدِّه ، أن رِيَابَ[٥] بن / حُذَيْفَةَ ، تزَوَّجَ امرأةً، فولَدَتْ له ثلاثةَ غِلْمةٍ ، فماتت أُمُّهم ، فوَرِثُوا عنها ولاءَ مَوالِيها ، وكان عمرُو بن العاصِ عَصَبةَ بَنِيها ، فأخْرَجَهُم إلى الشَّامِ ، فماتوا ، فقَدِمَ عمرُو بن العاصِ ، ومات مَوْلاها ، وتَرَكَ مالًا ، فخاصَمه إخْوتُها إلى عمرَ ، فقال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « ما أَحْرَزَ الْوَالِدُ والْوَلَدُ ، فَهُوَ لِعَصَبَتِهِ مَنْ كَانَ » . قال : وكَتَبَ له كتابًا فيه شهادةُ عبدِ الرحمنِ بن

١٩٦/٦و

---

(٣) سقط من : ا .

(٤) لم نجده فى المسند : وأخرجه الدارمى ، فى : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٧٢ . والبيهقى ، فى : باب الولاء للكبير من عصبة المعتق ... ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يعتق فيموت ... ، السنن ١ / ٩٤ . كلهم عن الزهرى مرسلا .

(٥) فى ا ، م : « رئاب » بتحقيق الهمزة . والمثبت فى الأصل ، وهو ضبط المنذرى . انظر : عون المعبود شرح سنن أبى داود ٣ / ٨٧ . وفى سنن ابن ماجه : « رباب » .

عَوْفٍ ، وزَيدِ بن ثابتٍ ، ورجلٍ آخرَ . قال فنحنُ فيه إلى الساعةِ . روَاه أبو داودَ ، وابنُ ماجه . فى « سُنَنِهما »[6] . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ فإنَّ الولاءَ لا يُورَثُ ، على ما ذكَرْنا من قبلُ . وإنَّما يُورَثُ به ، وهو باقٍ للمُعْتِقِ ، يَرِثُ به أقْربُ عَصَباتِه ، ومَنْ لم يكُنْ من عَصَباتِه لم يَرِثْ شيئا ، وعَصَباتُ الابنِ غيرُ عَصَباتِ أُمِّه ، فلا يَرِثُ الأجانبُ منها بولائِها دون عَصَباتِها . وحديثُ عَمْرِو بن شُعَيبٍ غَلَطٌ ، قال حميدٌ : الناسُ يُغَلِّطُونَ[7] عمرَو ابن شُعَيبٍ فى هذا الحديثِ . فعلى هذا لا يَرِثُ المَوْلَى العَتِيقَ من أقاربِ مُعْتِقِه إلَّا عَصَباتُه ، الأقْربُ منهم فالأقْربُ ، على ما ذكرنا فى ترتيبِ العَصَباتِ . ولا يَرِثُ ذو فَرْضٍ بِفَرْضِه ، ولا ذو رَحِمٍ . فإن اجْتَمعَ لرَجُلٍ منهم فَرْضٌ وتَعْصيبٌ ، كالأبِ والجَدِّ ، والزَّوْجِ والأخِ من الأُمِّ إذا كانا ابْنَىْ عَمٍّ ، وَرِثَ بما فيه من التَّعْصيبِ ، ولم يَرِثْ بفَرْضِه شيئا . وإن كان عَصَباتٌ فى درجةٍ واحدةٍ ، كالبَنِين وبَنِيهم ، والإخوةِ وبَنِيهم ، والأَعْمامِ وبَنِيهم ، اقْتَسَمُوا الميراثَ بينهم بالسَّوِيَّةِ . وهذا كلُّه لا خلافَ فيه سِوَى ما ذكَرْنا من الأقوالِ الشَّاذَّةِ . واللهُ أعلمُ .

١٠٦٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ الْمُعْتَقُ وخلَّفَ أَبَا مُعْتِقِهِ وابْنَ مُعْتِقِهِ ، فَلِأَبِى مُعْتِقِهِ السُّدُسُ ، وَمَا بَقِىَ فَلِلابْنِ)

١٩٦/٦ظ نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى روايةِ جماعةٍ من أصحابِه ؛ وكذلك قال فى جَدِّ / المُعْتِقِ وابْنِه . وقال : ليس الجَدُّ والأَخُ والابنُ من الكِبَرِ فى شيءٍ يَجْزِيهم على الميراثِ . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والأوْزاعىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى يوسفَ . ويُرْوَى عن زيدٍ أنَّ المالَ للابْنِ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والحسنُ ، والحَكَمُ ،

---

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢ / ١١٤ . وابن ماجه ، فى : باب ميراث الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٧ .

(٧) فى ا زيادة : « عن » .

وقَتادةُ ، وحَمَّادٌ ، والزُّهْرِيُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومحمدٌ ، والشَّافعيُّ ، وأكثرُ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّ الابنَ أقْربُ العَصبَةِ ، والأبُ والجَدُّ يَرِثانِ معه بالفَرْضِ ، ولا يَرِثُ بالوَلاءِ ذُو فَرْضٍ بحالٍ . ولَنا ، أنَّه عَصبَةٌ وارِثٌ ، فاسْتَحقَّ من الوَلاءِ كالأخَوَيْنِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الابنَ أقْرَبُ من الأبِ ، بل هما في القُرْبِ سَواءٌ ، وكلاهُما عَصبَةٌ لا يُسْقِطُ أحدُهما صاحِبَه ، وإنَّما هما يَتفاضلانِ في الميراثِ ، فكذلك في الإِرْثِ بالوَلاءِ ، ولذلك يُقَدَّمُ الأبُ على الابنِ في الوِلايَةِ والصلاةِ على المَيِّتِ وغيرِهما . وحكُم الأبِ مع ابنِ الابنِ وإن سَفلَ ، حُكْمُ الجَدِّ وإن عَلَا مع الابنِ وابْنِه سَواءً .

١٠٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ خَلَّفَ أخا مُعْتِقِهِ وجَدَّ مُعْتِقِهِ ، فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)

وبهذا قال عطاءٌ ، واللَّيْثُ ، ويحيى الأنْصارىُّ . ومالَ إليه الأوْزَاعىُّ . وهو قولُ الشَّافعىِّ . وقولُ الثَّوْرِىِّ وأبى يوسفَ ومحمدٍ . والذين نَزَّلُوا الْجَدَّ أبًا ، جَعَلُوا الْجَدَّ أوْلَى ، ووَرَّثُوه وَحْدَه . ورُوِىَ عن زيدٍ أنَّ المالَ للأخِ . وهو قولُ مالكٍ ، (١)وقولٌ للشَّافِعىِّ(١) ؛ لأنَّ الأخَ ابنُ الأبِ ، والجَدُّ أبوه ، والابنُ أحَقُّ من الأبِ . ولَنا ، أنَّهما عَصبَتانِ يَرِثانِ المالَ نِصْفَيْنِ ، فكان الوَلاءُ بينهما نِصْفَيْنِ ، كالأخَوَيْنِ . وإن تَرَكَ جَدَّ مَوْلاه وابْنَ أخِى مَوْلاه ، فالمالُ لَجدِّه . فى قولِهم جميعا ، إلَّا مالِكًا جَعَلَ الميراثَ لابْنِ الأخِ وإن سَفلَ . وقالَه الشافِعىُّ أيضا ؛ لأنَّ ابنَ الابنِ وإن سَفلَ يُقَدَّمُ على الأبِ . وليس هذا بصَوابٍ ؛ فإنَّ ابنَ الأخِ مَحْجوبٌ عن المِيراثِ بالجَدِّ ، فكيف يُقَدَّمُ عليه ، ولأنَّ الجَدَّ أولَى بالمُعْتِقِ / من ابنِ الأخِ ، فيَرِثُ مَوْلاه ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « الْمَوْلَى أخٌ فِى الدِّينِ ، وَوَلِىُّ نِعْمَةٍ . يَرِثُهُ أوْلَى(٢) النَّاسِ بالمُعْتِقِ »(٣) . والدَّليلُ على أن الْجَدَّ أوْلَى أنَّه يَرِثُ ابنَ ابْنِه دون ابنِ

١٩٧/٦ و

(١ – ١) فى م : « والشافعى » .

(٢) فى ا ، م : « أحق » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٥ .

الأخِ ، فيكونُ أَوْلَى ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، (4) وما أَبْقَتِ الْفُرُوضُ (4) فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »(5) . وفى لفظ : « فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ » . ولأنَّ الجَدَّ أَبٌ ، فيُقَدَّمُ على ابنِ الأخِ ، كالأبِ الحَقِيقِيِّ ، ولأنَّه يُقَدَّمُ فى مِيراثِ المالِ ، فقُدِّمَ فى المِيراثِ بالوَلاءِ كسائرِ العَصَباتِ .

فصل : فإن اجتمع إخوةٌ وجَدٌّ ، فمِيراثُ المَوْلَى بينهم ، كمالِ سَيِّده . وإن اجْتَمع إخوةٌ من أَبَوَيْنِ وإخوةٌ من أبٍ ، عادَّ الإخوةُ من الأَبَوَيْنِ الجَدَّ بالإخوةِ من الأبِ ، ثم ما حَصَلَ لهم أَخَذَه ولدُ الأَبَوَيْنِ . وقال ابن سُرَيْجٍ : يَحْتَمِلُ أنَّه بينهم على عَدَدِهم ، ولا يُعادُّ ولدُ الأَبَوَيْنِ الجَدَّ بولدِ الأبِ . ولَنا ، أنَّه مِيراثٌ بين(6) الجَدِّ والإخوةِ ، فأَشْبَه المِيراثَ بالنَّسَبِ ، فإن كان مع الإخوةِ أَخَواتٌ ، لم يُعْتَدَّ بهِنَّ ؛ لأنَّهُنَّ لا يَرِثْنَ مُنْفَرِداتٍ ، فلا يُعْتَدُّ بهنَّ ، كالإخوةِ من الأُمِّ ، وإن انفردَ الإخوةُ من الأبِ مع الجَدِّ ، فحُكْمُهم حُكْمُ الإخوةِ من الأَبَوَيْنِ .

فصل : وإن تَرَكَ جَدَّ مَوْلاه وعمَّ مَوْلاه ، فهو للجَدِّ . وكذلك إن ترَك جَدَّ أبى مَوْلاه (7) وعَمَّ مَوْلاه ، أو جَدَّ جَدِّ مَوْلاهُ وعَمَّ مَوْلاهُ ، فهو لِلْجَدِّ (7) . وبه يقولُ الثَّوْرِيُّ ، والأَوْزاعِيُّ ، وأهلُ العِراقِ . وقال الشَّافعيُّ : هو للعَمِّ وبَنِيه وإن سَفلُوا ، دون جَدِّ الأبِ . وهو قياسُ قولِ مالكٍ . قال الشَّافعيُّ : ومَنْ جَعَلَ الجَدَّ والأخَ سَواءً ، فجَدُّ الأبِ والعَمُّ سَواءٌ ، وهو أَوْلَى من ابنِ العَمِّ . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : «يَرِثُه أَوْلَى النَّاسِ بالمُعْتِقِ» . والجَدُّ أَوْلَى بالْمُعتِقِ ، بدليلِ أنَّه أَوْلَى النَّاسِ بمالِه ووِلايَتِه ، ويُقَدَّمُ فى تَزْوِيجه والصلاةِ عليه وغيرِ ذلك . والعَجَبُ أنَّ الشَّافعيَّ رحمةُ اللهِ عليه ، نَزَّلَ الجَدَّ أبًا فى وِلايةِ / المالِ ووِلايةِ الإجْبارِ على ٦/١٩٧ظ

(4 - 4) فى ا : « فما أبقت الفرائض » .

(5) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠ .

(6) فى م : « من » .

(7 - 7) سقط من : م .

النِّكاحِ ، ووَافَق غيرَه في[8] وُجوبِ الإنْفاقِ عليه وعِتْقِه على ابنِ ابْنِه ، وعِتْقِ ابنِ ابْنِه عليه ، وانْتِفاءِ القصاصِ عنه بقَتْلِ ابنِ ابْنِه ، والْحَدِّ بقَذْفِه ، وغيرِ ذلك من أحْكامِ الأبِ ، ثم جَعَلَ أبْعَدَ العَصَباتِ أوْلَى منه بالوَلاءِ .

١٠٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا هَلَكَ رَجُلٌ عَنِ ابْنَيْنِ ومَوْلًى ، فَمَاتَ أَحَدُ الابْنَيْنِ بَعْدَهُ عَنِ ابْنٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ، فَالْوَلَاءُ لِابْنِ مُعْتِقِهِ ؛ لأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكِبَرِ . وَلَوْ هَلَكَ الابْنَانِ بَعْدَهُ وقَبْلَ الْمَوْلَى ، وخَلَّفَ أَحَدُهُمَا ابْنًا ، والآخَرُ تِسْعَةً ، كَانَ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، لِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمْ عُشْرُهُ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . قال الإمامُ أحمدُ : رُوِىَ هذا عن عمرَ ، وعثمانَ ، وعليٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ مسعودٍ . ورَوَى سعيدٌ[1] ، ثنا هشيمٌ ، ثنا أشْعَثُ بن سَوَّارٍ ، عن الشَّعْبِيِّ ، أنَّ عمرَ ، وعليًّا ، وابنَ مسعودٍ ، وزَيْدًا ، كانوا يَجْعلون الوَلاءَ للْكِبَرِ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وأُبَىِّ بنِ كعبٍ ، وأبي مسعودٍ البَدْرِيِّ ، وأُسامةَ بن زيدٍ . وبه قال عطاءٌ ، وطاوسٌ ، وسالمُ بن عبدِ الله ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتادةُ ، وابنُ قُسَيْطٍ[2] ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشَّافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، وداودُ ، كلُّهم قالوا : الولاءُ للكِبَرِ . وتَفْسِيرُه أنَّه يَرِثُ المَوْلَى المُعْتَقَ من عَصَباتِ سَيِّده أقْرَبُهم إليه ، وأوْلَاهم بمِيراثِه يومَ مَوْتِ[3] العَبْدِ . قال ابنُ سِيرِينَ : إذا ماتَ الْمُعْتَقُ نُظِرَ إلى أقْرَبِ النَّاسِ إلى الذى أعْتَقَه ، فيُجْعَلُ مِيراثُه له ، وإذا مات السَّيِّدُ قَبْلَ مَوْلاه ، لم يَنْتَقِلِ الوَلاءُ إلى عَصَبَتِه ؛ لأنَّ الوَلاءَ كالنَّسَبِ ، لا يَنْتَقِلُ ، ولا

---

(8) سقط من : ا ، م .

(1) في : باب الرجل يعتق فيموت ويترك ورثة ثم يموت المعتق . سنن سعيد بن منصور ١ / ٩٣ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب الولاء للكبر ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٢ / ٣٧٥ . والبيهقي ، في : باب الولاء للكبر من عصبة المعتق ... ، من كتاب الولاء . السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٣ .

(2) في الأصل : « نشيط » تحريف ، وتقدم في صفحة ٢٢٠ .

(3) في ا : « يموت » .

يُورَثُ ، وإنَّما يُورَثُ به ، فهو باقٍ للمُعْتِقِ أبدًا ، لا يزولُ عنه ، بدليلِ قولِه عليه السلام : « إنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ »[4] . وقولِه : « الولاءُ لُحمةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ »[5] . وإنَّما يَرِثُ عَصَبَةُ السَّيِّدِ مالَ مَوْلاه بوَلاءِ مُعْتِقِه ، لا نفسَ الوَلاءِ . ويتَّضِحُ معنى هذا القولِ بمَسْألَتَي الْخِرَقِيِّ اللَّتَيْن / ذكَرَهُما[6] هٰهُنا ، وهما : إذا مات رجلٌ عن ابْنَيْنِ ومَوْلًى ، فمات أحدُ الابْنَينِ بعدَه عن ابنٍ ، ثم مات الْمَوْلَى ، وَرِثَه ابنُ مُعْتقِه دون ابنِ ابنِ مُعْتِقِه ؛ لأنَّ ابنَ مُعْتِقِه[7] أقربُ عَصَبةِ سَيِّدِه . ولو مات السيدُ ، وخَلَّفَ ابْنَه وابنَ ابنِه ، لكان مِيراثُه لابنِه ، دون ابنِ ابنِه ، فكذلك إذا مات الْمَوْلَى . والمسألةُ الأُخرى ، إذا هلَكَ الابْنانِ بعدَه ، وقبلَ مَوْلاه ، وخلَّفَ أحدُهما ابنًا ، والآخرُ تِسْعةً ، ثم مات الْمَوْلَى ، كان مِيراثُه بينهم على عَدَدِهم ، لكلِّ واحدٍ منهم عُشْرُه ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لو مات كان ميراثُه بينهم كذلك ، فكذلك ميراثُ مَوْلاه ، ولو كان الولاءُ مَوْرُوثًا لانْعكَسَ الحُكْمُ فى المسْألَتَيْنِ ، فكان الميراثُ فى المسألةِ الأُولى بين الابنِ وابنِ الابنِ ؛ لأنَّ[8] الابْنَيْنِ وَرِثَا الوَلاءَ عن أبيهما ، ثم ما صار للابنِ الذى مات انتقلَ إلى ابنِه ، فصار ميراثُ المَوْلَى بينَه وبين عَمِّه نِصْفَيْنِ . وفى المسألةِ الثانية يصيرُ لابْنِ الابنِ المُنْفَرِدِ نِصْفُ الولاءِ بميراثِه ذلك عن ابنِه ، ولبنى الابنِ الآخَرِ النِّصْفُ بينهم على عَدَدِهم . وشَذَّ شُرَيْحٌ ، فقال : الوَلاءُ بمَنْزِلةِ المالِ ، يُورثُ عن الْمُعْتِقِ ، فمن مَلَكَ شيئًا حَياتَه ، فهو لِوَرَثَتِه . وقد حُكِيَ عن عمرَ ، وعليٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وابن المُسَيَّبِ ، نحوُ هذا . ورَوَى[9] حَنْبَلٌ ، ومحمدُ بن الحَكَمِ ، عن أحمدَ نحوَه . وغَلَّطَهُما أبو بكرٍ فى رِوايتِهما ، فإنَّ الجماعةَ رَوَوْا عن أحمدَ مثلَ قولِ الجمهورِ . قال أبو الحارثِ : سألْتُ أبا عبدِ الله عن الوَلاءِ لِلْكِبَرِ ، فقال : كذا رُوِيَ عن عمرَ ،

٦/١٩٨و

---

(٤) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٦) فى م : « ذكرناهما » .

(٧) فى الأصل ، م : « ابن المعتق » .

(٨) فى م : « كأن » .

(٩) فى م زيادة : « عن » .

وعثمانَ ، وعليٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ مسعودٍ ، أنَّهم قالوا : الولاءُ للكُبْرِ ، إلى هذا القولِ أذْهَبُ . وتفسيرُ ذلك أن يُعْتِقَ الرجلُ عبدًا ، ثم يموتَ ويُخَلِّفَ ابْنَيْنِ ، فيموتَ أحدُ الابنينِ ، ويُخَلِّفَ ابنًا ، فولاءُ هذا العبدِ المُعْتَقِ لابنِ المُعْتِقِ ، وليس لابنِ الابنِ شيءٌ مع الابنِ . وحُجَّةُ شُرَيْحٍ حديثُ عَمْرِو بن شُعَيْبٍ الذى ذكرْناه[10] ، والقياسُ على المالِ .

ولَنا ، / قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « المَوْلَى أَخٌ فِى الدِّينِ ، وَوَلِيُّ نِعْمَةٍ ، وأَوْلَى النَّاسِ بِمِيرَاثِهِ[11] أَقْرَبُهم من المُعْتِقِ »[10] . وقولُه عليه السلام : « الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[12] . وقولُه : « الْوَلاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ »[13] . ولأنَّه من أسْبابِ التَّوارُثِ ، فلم يُورَثْ ، كالقَرابةِ والنِّكاحِ ، ولأنَّه إجماعٌ من الصَّحابةِ لم يَظْهَرْ عنهم خلافُه فلا يجوزُ مُخالَفَتُه ، وحديثُ عمرِو بن شُعَيْبٍ قد غَلَّطَه العلماءُ فيه ، ولم يَصِحَّ عن أحدٍ من الصَّحابةِ خلافُ هذا القولِ ، وحَكاهُ الشَّعْبِىُّ والأئمةُ عن عمرَ ومَنْ ذكرنا قولَهم ، ولا يصِحُّ اعتبارُ الوَلاءِ بالمالِ ؛ لأنَّ الوَلاءَ لا يُورَثُ ، بدليلِ أنَّه لا يَرِثُ منه [14]ذَوُو الفُرُوضِ[14] ، وإنَّما يُورَثُ به ، فيُنْظَرُ أقْربُ الناسِ إلى سَيِّدِه من عَصَباتِه يومَ مَوْتِ العبدِ والمُعْتِقِ ، فيكونُ هو الوارثَ للمَوْلَى[15] دون غيرِه ، كما أنَّ السَّيِّدَ لو مات فى تلك الحالِ وَرِثَه وحدَه ، فإذا خَلَّفَ ابْنَ مَوْلاه ، وابنَ ابنِ مَوْلاه ، فمالُه لِابْنِ مولاه . وإن خَلَّف ابنَ ابنِ مَوْلاه ، وتِسْعةَ بَنِى ابنٍ آخَرَ لِمَوْلاه ، فمالُه بينهم على عَدَدِهم ، لكلِّ واحدٍ عُشْرُهُ ؛ لأنَّهم يَرِثُون جَدَّهُم كذلك. ولو خلَّف السَّيِّدُ ابْنَه وابنَ ابنِه ، فمات ابنُه بعدَه عن ابنٍ ، ثم مات عَتِيقُه ، فمِيراثُه بين ابْنَي الابنِ نِصفَيْنِ . وفى قول شُرَيْحٍ ، هو لابنِ الابنِ الذى كان حيًّا عندَ مَوْتِ ابْنِه . وإن مات السَّيِّدُ عن أخٍ من أبٍ وابنِ أخٍ من أبَوَيْنِ ، فمات الأخُ من الأبِ عن ابنٍ ، ثم مات العَتِيقُ ، فمالُه لابنِ الأخِ من الأبوينِ . وفى قولِ شُرَيْحٍ ، هو لابْنِ الأخِ من الأبِ . وإن لم

---

(10) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٥ .

(11) فى م : « به » .

(12) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(13) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(14 - 14) فى ا : « ذو الفرض » .

(15) فى ا ، م : « المولى » .

يُخَلِّفْ عَصَبَةً من نَسَبِ مَوْلاه ، فمالُه لِمَوْلَى مَوْلاه ، ثم لأقْرَبِ عَصَباتِه ، ثم لِمَوْلَى مَوْلاه ، فإذا انْقَرضَ عَصَباتُه ومَوَالِى الْمَوَالِى وعَصَباتُهم ، فمالُه لبيتِ المالِ .

١٠٦٥ – مسألة ؛ قال : (ومَنْ أعْتَقَ عَبْدًا ، فَوَلَاؤُه لِابْنِه ، وعَقْلُهُ عَلَى عَصَبَتِهِ)

هذه المسألةُ محمولةٌ على أنَّ المُعْتِقَ لم يُخَلِّفْ عَصَبةً من نَسَبِه ، ولا وارثًا منهمْ ، إذ لو خَلَّفَ وارثًا من نَسَبِه أو عَصَبتِه ، كانوا أحَقَّ / بميراثِه وعَقْلِه من عَصَباتِ مَوْلاه ووَلدِه ، فليس فى ذلك إشكالٌ . وإذا لم يُخَلِّفْ إلَّا ابنَ مَوْلاه وعَصَبةَ مَوْلاه ، فمالُه لابنِ مَوْلاه ؛ لأنَّه أقْرَبُ عَصَباتِ المُعْتِقِ ، وعَقْلُه إن جَنَى جِنَايةً على عَصَبةِ مَوْلاه إن كان المُعْتِقُ امرأةً ؛ لما رَوَى إبراهيمُ قال : اخْتَصَمَ علىٌّ والزُّبَيْرُ فى مَوْلَى صَفِيَّةَ فقال علىٌّ : مولى عَمَّتِى وأنا أعْقِلُ عنه ، وقال الزبيرُ : مَوْلَى أُمِّى وأنا أرِثُه . فقضَى عمرُ للزُّبَيْرِ بالمِيراثِ ، وقضَى على علىٍّ بالعَقْلِ . ذكر هذا الإمامُ أحمدُ ، ورواه سعيدٌ فى « السُّنَنِ »[(1)] وغيرُه ، وهى قَضِيَّةٌ مَشْهورة ، وعن الشَّعْبِىِّ قال : قَضَى بوَلَاءِ[(2)] صَفِيَّةَ لِلزُّبَيْرِ دُونَ الْعَبَّاسِ ، وقَضَى بوَلَاءِ أُمِّ هَانِيءٍ لِجَعْدَةَ بنِ هُبَيْرةَ دون علىٍّ[(1)] . ولا يمتنعُ كَوْنُ العَقْلِ على العَصَبةِ والميراثِ لغيرِهم[(3)] ، كما قضَى النَّبِىُّ ﷺ بميراثِ التى قُتِلَتْ هى وجَنِينُها لبَنِيها ، وعَقْلِها على العَصَبةِ[(4)] . وقد رَوَى زيادُ بن أبى مَرْيَمَ ، أنَّ امرأةً أعْتَقَتْ عبدًا لها ، ثم تُوُفِّيتْ وتركتْ ابْنًا لها وأخاها ، ثم تُوُفِّىَ مَوْلاها من بعدِها ، فأتَى أخو المرأةِ وابنُها رسولَ الله ﷺ فى مِيراثِه ، فقال عليه السلام: « مِيرَاثُه لِابْنِ الْمَرْأَةِ » . فقال أخوها: لو جَرَّ[(5)] جَرِيرةً كانتْ

١٩٩/٦و

---

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٤ .

(2) فى ا زيادة : « موالى » .

(3) فى م : « لغيره » .

(4) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الأموال للورثة ... ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٦٠–٢٦٢ . والنسائى ، فى : باب دية جنين المرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤٢ .

(5) سقط من : م .

عليٌّ ، ويكونُ مِيراثُه لهذا ! قال : « نَعَمْ »[٦] . وإنَّما حَمَلْنا مسأَلَة الْخِرَقِيِّ على ما إذا كان المُعْتِقُ امرأةً ؛ لأنَّ الأَخْبارَ التى رَوَيْناها إنَّما وَرَدَتْ فيها ، ولأنَّ المرأةَ لا تَعْقِلُ ، وابنُها ليس من عَشِيرَتِها ، فلا تَعْقِلُ عن مُعْتِقِها ، وعَقَلَ عنها عَصَباتُها[٧] من عَشِيرَتِها . أمَّا الرجلُ المُعْتِقُ ، فإنَّه يَعْقِلُ عن مُعْتَقِه ؛ لأنه عَصَبَةٌ من أهلِ العقلِ ، ويَعْقِلُ ابنُه وأبوه ؛ لأنَّهما من عَصَباتِه وعَشِيرَتِه ، فلا يُلْحَقُ ابنُه فى نَفْيِ العقلِ عنه بابنِ المرأةِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : فإن كان المولى حيًّا ، وهو رجلٌ عاقلٌ مُوسِرٌ ، فعليه من العَقْلِ وله الميراثُ ؛ لأنَّه عَصَبَةُ مُعْتِقِه ، وإن كان صَبِيًّا أو امرأةً أو مَعْتُوهًا ، فالعقلُ على عَصَباتِه ، والميراثُ له ؛ لأنه ليس من أهلِ العَقْلِ ، فأشْبَهَ ما لو جَنَوْا جِنايةً خَطَأً ، كان العَقْلُ على عَصَبَاتِهم ، ولو جُنِيَ عليهم كان الأَرْشُ لهم .

٦/١٩٩ظ

فصل : ولا يَرِثُ الْمَوْلَى من أسْفَلَ مُعْتِقَهُ . فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وحُكِيَ عن شُرَيحٍ ، وطاوسٍ ، أنَّهما وَرَّثَاه ؛ لما رَوَى سعيدٌ ، عن سُفْيانَ ، عن عمرِو بن دينارٍ ، عن عَوْسَجَةَ ، عن ابنِ عباسٍ ، أنَّ رَجُلًا تُوُفِّيَ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، وليس له وارثٌ إلَّا غلامٌ له هو أعْتَقَه ، فأعْطاهُ رسولُ اللهِ ﷺ ميراثَه . قال التِّرمِذِيُّ[٨] : هذا حديثٌ حسنٌ . ورُوِيَ عن عمرَ نحوُ هذا . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « إنَّما الْوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ »[٩] . ولأنَّه لم يُنْعِمْ عليه ، فلم يَرِثْه ، كالأجْنَبِيِّ ، وإعْطاءُ النَّبِيِّ ﷺ له قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أن يكونَ وارثًا بجِهَةٍ غيرِ الإعْتاقِ ، وتكونُ فائدةُ الحديثِ أنَّ إعْتاقَه له لم يَمْنَعْه مِيراثَه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أعْطاهُ صِلَةً[١٠] وتَفَضُّلًا . إذا ثَبَتَ أنَّه لا يَرِثُه فلا يَعْقِلُ عنه . وقال الشافعيُّ فى القديمِ : يَعْقِلُ عنه ؛ لأنَّه سَيِّدُه أنْعَمَ عليه ، فجاز أن يَغْرَمَ عنه . ولَنا ، أنَّ العقلَ على العَصَباتِ ، وليس هذا منهم . وما ذكَرَه لا أصلَ له ، ويَنْعَكِسُ

---

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٤ .

(٧) فى م : « عضباته » .

(٨) فى : باب فى ميراث المولى الأسفل ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٦ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(١٠) فى م : « وصلة » .

كسائرِ العاقِلةِ ، فإنَّه لم يُنْعِمْ عليه ويَعْقِلُون عنه ، ويَنْتَقِضُ بما إذا قَضَى إنسانٌ دَيْنَ آخرَ ، فقد غَرِمَ عنه ، ولا يَعْقِلُ عنه[11] .

فصل : فإن أسْلَمَ الرجلُ على يَدَيِ الرَّجُلِ ، لم يَرِثْه بذلك . في قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، منهم الحسنُ ، والشَّعْبِيُّ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقد رُوِيَ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، رِوايةٌ أُخرَى ، أنَّه يَرِثُه . وهو قولُ إسحاقَ . وحُكِيَ عن إبراهيمَ أنَّ له وَلاءَه ويَعْقِلُ عنه . وعن ابن المُسَيَّبِ : إن عَقَلَ عنه وَرِثَه ، وإن لم يَعْقِلْ عنه لم يَرِثْه . وعن عمرَ ابن الخطَّابِ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، / أنَّه يَرِثُه وإن لم يُوالِه ؛ لما رَوَى راشدُ بن سعدٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ ، فَهُوَ مَوْلَاهُ ، يَرِثُهُ وَيَدِى عَنْهُ » . رواه سعيدٌ[12] ، وقال أيضا[12] : حدَّثنا عيسى بن يُونُسَ ، ثنا معاويةُ ابن يحيى الصَّدَفِيُّ ، عن القاسمِ الشَّامِيِّ ، عن أبي أُمامةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجلٌ ، فَلَهُ وَلَاؤُهُ » . وروَى[13] بإسْنادِه عن تَمِيمٍ الدَّارِيِّ ، أنه قال : يا رسولَ الله ، ما السنةُ في الرَّجُلِ يُسْلِمُ على يَدَيِ الرجلِ من المسلمين ؟ فقال : « هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ ومَمَاتِهِ » . رواه أبو داود والترمذيُّ[14] ، وقال : لا أظُنُّه مُتَّصِلًا . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[15] . ولأنَّ أسبابَ التَّوارُثِ

٦/٢٠٠و

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) في : باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم ، السنن ١ / ٧٨ .

(١٣) في الباب السابق ، الموضع السابق .

(١٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يسلم على يدى الرجل ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢ / ١١٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ميراث الذى يسلم على يدى الرجل ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٦٥ .

كما أخرجه البخارى ، في : باب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨ / ١٩٢ مختصرًا . وابن ماجه ، في : باب الرجل يسلم على يدى الرجل ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٩ . والدارمى ، في : باب في الرجل يوالى الرجل ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٣٧٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٠٢ ، ١٠٣ .

(١٥) تقدم تخريجه في : ٨ / ٣٥٩ .

غيرُ مَوْجودةٍ فيه ، وحَدِيثُ راشِدٍ مُرْسَلٌ ، وحديثُ [16]أبي أُمامةَ فيه معاويةُ[16] بن يحيى الصَّدَفِىُّ ، وهو ضعيفٌ ، وحديثُ تَمِيمٍ تكَلَّمَ التِّرمِذِىُّ فيه .

فصل : وإن عاقَدَ رجلٌ رجلًا ، فقال : عاقَدْتُكَ على أن تَرِثَنى وأَرِثُكَ ، وتَعْقِلَ عنّى وأَعْقِلَ عنك . فلا حُكْمَ لهذا العَقْدِ ، ولا يتعلَّقُ به إرْثٌ ولا عَقْلٌ . وبه قال الشَّافعىُّ . وقال الحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، وأبو حنيفةَ : هو عَقْدٌ صحيحٌ ، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يَرْجِعَ عنه[17] ، ما لم يعقلْ واحدٌ عن الآخرِ ، فإذا عَقَلَ عنه ، لَزِمَ ، ويَرِثُه إذا لم يُخَلِّفْ ذا رَحِمٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾[18] . ولأنَّ هذا كالوَصِيَّةِ ، ووَصِيَّةُ الذى لا وارثَ له بجميعِ مالِه جائزةٌ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ولأنَّ أسْبابَ التَّوارُثِ مَحْصُورةٌ فى رَحِمٍ ونكاحٍ ووَلاءٍ ، وليس هذا منها ، والآيةُ مَنْسُوخةٌ بآيةِ المِيراثِ ، ولذلك لا يَرِثُ مع ذى رَحِمٍ شيئًا . قال الحسنُ : نَسَخَتْها : ﴿ وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾[19] . وقال مجاهدٌ : فآتُوهُم نَصِيبَهم من العَقْلِ والنُّصرةِ والرِّفادةِ . وليس هذا بوَصِيَّةٍ[20] ؛ لأنَّ الوَصِىَّ لا يَعْقِلُ ، فله الرُّجُوعُ ، وهذا عندَهم بخِلافِه .

فصل : واللَّقِيطُ حُرٌّ لا وَلاءَ عليه . فى قولِ الجُمهورِ ، وفُقَهاءِ / الأَمْصارِ . ورُوِىَ عن عمرَ ، أنَّ وَلاءَه لمُلْتَقِطِه . وبه قال الليثُ ، وإسحاقُ . وعن إبراهيمَ : إن نَوَى أن يَرِثَ منه فذلك . وقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحُوزُ[21] ثَلَاثَةَ مَوارِيثَ ؛ لَقِيطَهَا ، وعَتِيقَهَا ، ووَلَدَها الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ »[22] . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ولأنَّه ليس بقَرابةٍ ولا عَتِيقٍ ولا ذى نكاحٍ ، فلا يَرِثُ كالأَجْنَبِىِّ ، والحديثُ فيه كلامٌ .

(16-16) فى م : « معاوية فيه أمامة » . خطأ .

(17) فى ا : « فيه » .

(18) سورة النساء 33 .

(19) سورة الأنفال 75 .

(20) فى م : « بوصلة » .

(21) فى الأصل ، ا : « تحرز » .

(22) تقدم تخريجه فى : 8 / 359 .

كتاب الوَدِيعَة

والأصْلُ فيها الكتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أمّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[1] . وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ ﴾[2] . وأمّا السُّنَّةُ فقولُ رسولِ الله ﷺ : « أَدِّ الأَمانَةَ إلى مَنِ ائْتَمَنَكَ ، ولا تَخُنْ مَنْ خانَكَ »[3] . ورُوِىَ عنه عليه السلام ، أنّه كانتْ عندَه وَدائِعُ ، فلمّا أرادَ الهِجْرةَ أوْدَعها عندَ أُمِّ أيْمَنَ ، وأمَرَ عليًّا أن يَرُدَّها على أهْلِها[4] . وأمّا الإجْماعُ ، فأجْمَعَ علماءُ كلِّ عصرٍ على جَوازِ الإيداعِ والاسْتِيداعِ ، والعِبْرَةُ تَقْتَضِيها ، فإنَّ بالناس إليها حاجةً ، فإنّه يَتعذَّرُ على جَمِيعِهم حِفْظُ أمْوالِهم بأنْفُسِهم ، ويحْتاجون إلى من يَحْفَظُه[5] لهم . والوديعةُ فَعِيلةٌ ، من وَدَعَ الشىءَ : إذا تَرَكَه ، أى هى مَتْرُوكةٌ عند المُودَعِ . واشتقاقُها من السُّكونِ . يُقالُ[6] : وَدَعَ ، يَدَعُ . فكأنَّها ساكنةٌ عند المُودَعِ مُسْتَقِرَّةٌ . وقيل : هى مُشْتَقَّةٌ من الخَفْضِ والدَّعَةِ ، فكأنها فى دَعَةٍ عند المُودَعِ . وقبُولُها مُسْتَحَبٌّ لمن يَعْلَمُ من نفسِه الأمانةَ ؛ لأنَّ فيه قَضاءَ حاجةِ أخِيه المُؤْمِن ومُعاوَنَتَه . وهى عَقْدٌ جائزٌ من الطَّرَفَيْنِ ، متى أراد المُودِعُ أخْذَ وَدِيعَتِه لَزِمَ المُسْتَوْدَعَ رَدُّها ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ . فإن أراد

---

(1) سورة النساء ٥٨ .

(2) سورة البقرة ٢٨٣ .

(3) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٠ . والترمذى ، فى : باب حدثنا ... ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٨ . والدارمى ، فى : باب فى أداء الأمانة ... ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤١٤ .

(4) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الترغيب فى أداء الأمانات ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى ٦ / ٢٨٩ .

(5) أى المال . وفى م : « يحفظ » .

(6) فى ا ، م : « يقول » .

الْمُسْتَوْدَعُ رَدَّها على صاحِبِها، لَزِمَه قَبُولُها[7]؛ لأنَّ الْمُسْتَوْدَعَ / مُتَبَرِّعٌ بإمْساكِها[8]؛ فلا يَلْزَمُه التَّبَرُّعُ فى الْمُستقبَلِ . ٦/٢٠١و

١٠٦٦ – مسألة ؛ قال : (ولَيْسَ عَلَى مُودَعٍ ضَمَانٌ ، إذَا لَمْ يَتَعَدَّ)

وجملتُه أنَّ الوَدِيعةَ أمانةٌ ، فإذا تَلِفَتْ بغيرِ تَفْريطٍ من المُودَعِ ، فليس عليه ضَمانٌ ، سواءٌ ذَهَبَ معها شىءٌ من مالِ المُودَعِ أو لم يَذْهَبْ . هذا قولُ أكثرِ أهلِ العِلْمِ . رُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، وأبو الزِّنادِ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ روايةٌ أخرى ، إن ذَهَبَتِ الوَدِيعةُ من بين مالِه غَرِمَها ؛ لما رُوِىَ عن عمرَ بن الخطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه ضَمَّنَ أنسَ بن مالكٍ وَدِيعةً ذَهَبَتْ من بين مالِه[1] . قال القاضى : والأُولَى[2] أصَحُّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى سَمَّاها أمانةً ، والضَّمانُ يُنافِى الأمانـةَ . ويُرْوَى عن عمرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ ضَمانٌ »[3] . ويُـرْوَى عن الصَّحابـةِ الذيـن ذكَرْناهـم . ولأنَّ الْمُسْتَـوْدَعَ مُؤْتَمَنٌ ، فلا يَضْمَنُ ما تَلِفَ من غيرِ تَعَدِّيه وتَفْرِيطِه ، كالذى ذَهَبَ مع مالِه ، ولأنَّ الْمُسْتَوْدَعَ إنَّما يَحْفَظُها لصاحِبِها مُتَبَرِّعًا ، من غيرِ نَفْعٍ يَرْجِعُ إليه[4] فلو لَزِمَهُ الضَّمانُ لَامْتَنَعَ الناسُ من قَبُولِ الوَدائِعِ ، وذلك مُضِرٌّ ؛ لما بَيَّنَّاه من الحاجةِ إليها ، وما رُوِىَ عن عمرَ مَحْمولٌ على التَّفْرِيطِ من أنسٍ فى حِفْظِها ، فلا يُنافِى ما ذكَرْناه . فأمَّا إن تَعَدَّى

---

(٧) فى الأصل ، ا ، ب : « قبوله » .

(٨) فى ب : « بإمساكه » .

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا ضمان على مؤتمن ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى ٦ / ٢٨٩ .

(٢) فى ا ، م : « الأول » .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الترغيب فى أداء الأمانات ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى ٦ / ٢٨٩ .

وأخرجه بنحوه ابن ماجه ، فى : باب الوديعة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٢ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٤١ . وأورده الحافظ فى تلخيص الحبير ٣ / ٩٧ .

(٤) فى م : « عليه » .

الْمُسْتَوْدَعُ فيها ، أو فَرَّط فى حِفْظِها ، فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها[5] ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه مُتْلِفٌ لمالِ غيرِه ، فضَمِنَه ، كما لو أتْلَفَه من غيرِ اسْتِيداعٍ .

فصل : إذا شَرَطَ رَبُّ الوَدِيعةِ على الْمُسْتَوْدَعِ ضَمانَ الوَدِيعةِ ، فقَبِلَه أو قال : أنا ضامِنٌ لها . لم يَضْمَنْ . قال أحمدُ فى المُودَعِ : إذا قال : أنا ضامِنٌ لها[6] . فسُرِقَتْ ، فلا شىءَ عليه . وكذلك كلُّ ما أصْلُه الأمانةُ ، كالمُضارِبةِ / ، ومالِ الشَّرِكةِ ، والرَّهْنِ ، والوَكَالةِ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ وذلك لأنَّه شَرْطُ ضمانِ ما لم يُوجَدْ سَبَبُ ضَمانِه ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو شَرَطَ ضَمانَ ما يَتْلَفُ فى يَدِ مالِكِه .

٢٠١/٦ظ

١٠٦٧ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ خَلَطَها بِمَالِهِ ، وَهِىَ لَا تَتَمَيَّزُ ، أَوْ لَمْ يَحْفَظْهَا كَمَا يَحْفَظُ مَالَهُ ، أَوْ أَوْدَعَها غَيْرَهُ ، فَهُوَ ضَامِنٌ)

فى هذه المسألةِ ثلاثُ مسائلَ ؛ إحْداهنَّ ، أنَّ الْمُسْتَوْدَعَ إذا خَلَطَ الوَدِيعةَ بما لا[1] تَتَمَيَّزُ منه من مالِه أو مالِ غيرِه ، ضَمِنَها ، سَواءٌ خَلَطَها بمِثْلِها ، أو دُونَها ، أو أجْودَ من جِنْسِها أو من[2] غيرِ جِنْسِها ، مثل أن يَخْلِطَ دَراهِمَ بدَراهِمَ ، أو دُهْنًا بدُهْنٍ ، كالزَّيْتِ بالزيتِ ، أو السَّمْنِ ، أو بغيرِه . وبهذا قال الشَّافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال ابنُ القاسمِ : إن خَلَطَ دَراهِمَ بدراهمَ على وَجْهِ الحِرْزِ ، لم يَضْمَنْ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، لا يَضْمنُ إلَّا أن يكونَ دُونَها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه رَدُّها إلَّا ناقِصةً . ولَنا ، أنَّه خَلَطَها بمالِه خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ منه[3] ، فوَجَبَ أن يَضْمَنَها ، كما لو خَلَطَها بدونها ، ولأنَّه إذا خَلَطَها بما لا يَتَمَيَّزُ ، فقد فَوَّتَ على نفسِه إمْكانَ رَدِّها ، فلَزِمَه ضَمانُها ، كما لو ألْقاها فى لُجَّةِ بَحْرٍ .

---

(٥) فى م : « ضمن » .
(٦) سقط من : الأصل ، ب .
(١) فى ا ، م : « لم » .
(٢) سقط من : ا ، م .
(٣) سقط من : الأصل ، م .

وإن أمَرَه صاحِبُها بخَلْطِها بمالِه أو بغيرِه ، ففعَلَ ذلك ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه فعَلَ ما أُمِرَ به ، فكان نائبًا عن المالِكِ فيه . وقد نَقَلَ مُهنَّا عن أحمدَ ، في رَجُلٍ استُودِعَ عشرةَ دَرَاهِمَ ، واستَوْدَعه آخرُ عشرةً ، وأمَرَاه أن يَخْلِطَها ، فخَلَطَها ، فضاعتِ الدَّراهمُ ، فلا شيءَ عليه . فإن أمَرَه أحدُهما بخَلْطِ دَرَاهِمِه ، ولم يأْمُرْه الآخرُ ، فعليه ضمانُ دَرَاهِمِ مَنْ لم يأْمُرْه دُونَ الأُخرَى . وإن اختَلَطَتْ هي بغيرِ تَفْرِيطٍ منه ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّها لو تَلِفَتْ بذلك لم يَضْمَنْ[4] ، فخَلْطُها أَوْلَى . وإن خَلَطَها غيرُه ، فالضَّمانُ على مَن خَلَطَها ؛ لأنَّ العُدْوانَ منه ، فالضَّمانُ / عليه ، كما لو أتْلَفَها . المسألة الثانية ، إذا لم يَحْفَظْها كما يَحْفظُ مالَه ، وهو أن يُحْرِزَها بحِرْزِ مثلِها ، فإنَّه يَضْمَنُها . وحِرْزُ مثلِها يُذْكَرُ في بابِ القَطْعِ في السَّرِقةِ . وهذا إذا لم يُعَيِّنْ له المُودِعُ ما يَحْفَظُها فيه ، فإن عَيَّنَ له لَزِمَه[5] حِفْظُها فيما أمَرَه به ، سَواءٌ كان حِرْزَ مثلِها أو لم يَكُنْ . وإن أحْرَزَها بمثلِه أو أعْلَى منه ، لم يَضْمَنْها . ويتَخرَّجُ أن يَضْمَنَها إذا فعَلَ ذلك من غيرِ حاجةٍ . المسألة الثالثة ، إذا أَوْدَعها غيرَه . ولها صُورتانِ ؛ إحداهما ، أن يُودِعَها غيرَه لغيرِ عُذْرٍ ، فعليه الضَّمانُ . بغيرِ خِلافٍ في المَذْهبِ . وهو قولُ شُرَيحٍ ، ومالكٍ ، والشَّافعيِّ ، وأبي حنيفةَ وأصحابِه ، وإسْحاقَ . وقال ابنُ أبي لَيْلَى : لا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ عليه حِفْظَها وإحْرازَها ، وقد أحْرَزَها عندَ غيرِه وحَفِظَها به ، ولأنَّه يَحْفَظُ مالَه بإيداعِه ، فإذا أوْدَعَها فقد حَفِظَها بما يَحْفَظُ به مالَه ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو [6]حَفِظَها في حِرْزِه . ولَنا ، أنَّه خالفَ المُودِعَ فضَمِنَها . كما لو نَهاه عن إيداعِها . وهذا صحيحٌ ؛ فإنَّه أمَرَه بحِفْظِها بنَفْسِه[6] ، ولم يَرْضَ لها غيرَه . فإذا ثَبتَ هذا ، فإنَّ له تَضْمِينَ الأوَّلِ ، وليس للأوَّلِ الرُّجوعُ على الثاني ؛ لأنَّه دَخَلَ معه في العَقْدِ على أنَّه أمِينٌ له لا ضَمانَ عليه . وإن أحَبَّ المالكُ تَضْمِينَ الثاني ، فذَكَرَ القاضي أنَّه ليس له تَضْمِينُه ، في ظاهرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه ذَكَرَ

٦/٢٠٢و

(٤) في ب : « يضمنها » .

(٥) في الأصل ، ب : « لزم » .

(٦ - ٦) سقط من : ب .

الضَّمانَ على الأوَّلِ فقط . وهذا مذهبُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه قَبَضَ قَبْضًا مُوجِبًا للضَّمانِ على الأوَّلِ ، فلم يُوجِبْ ضَمانًا آخَرَ ، وفارَقَ القَبْضَ من الغاصِبِ ؛ فإنَّه لم يُوجِبِ الضَّمانَ على الغاصِبِ ، إنَّما لَزِمَه الضَّمانُ بالغَصْبِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ له تَضْمِينَ الثاني أيضا ؛ لأنَّه قَبَضَ مالَ غيرِه على وَجْهٍ لم يكُنْ له قَبْضُه ، ولم يَأْذَنْ له مالِكُه ، فيَضْمَنُه[7] ، كالقابضِ من الغاصِبِ ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وذِكْرُ أحمدَ[8] الضَّمانَ على الأوَّلِ لا يَنْفِي الضمانَ عن الثاني ، كما أنَّ الضَّمانَ يَلْزَمُ الغاصِبَ / ، ولا يَنْفِي وُجُوبَه على القابضِ منه . فعلَى هذا يستَقِرُّ الضَّمانُ على الأوَّلِ ، فإن ضَمَّنَه لم يَرْجِعْ على أحدٍ ، وإن ضَمَّنَ الثاني رجَع[9] على الأوَّلِ . وهذا القولُ أشبَهُ بالصَّوابِ ، وما ذكَرْنا للقولِ الأوَّلِ لا أصْلَ له ، ثم هو مُنْتَقِضٌ بما إذا دَفَعَ الوَدِيعةَ إلى إنسانٍ عارِيَّةً ، أو هِبةً ، أو وَدِيعةً لِنَفْسِه ، فأمَّا إن دَفَعَ الوَديعةَ إلى مَنْ جَرَتْ عادَتُه[10] بحِفْظِ مالِه[10] من أهلِه ، كامْرأتِه وغُلامِه ، لم يَضْمَنْ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ أبي حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : يَضْمَنُ ؛ لأنَّه سَلَّمَ الوَدِيعةَ إلى مَنْ لم يَرْضَ به صاحِبُها ، فضَمِنَها . كما لو سَلَّمها إلى أجْنَبِيٍّ . ولَنا ، أنَّه حَفِظَها بما يَحْفَظُ به مالَه ، فأشْبَهَ ما لو حَفِظَها بنَفْسِه ، وكما لو دَفَعَ الماشِيَةَ إلى الراعِي ، أو دَفَعَ البَهِيمةَ إلى غُلامِه لِيَسْقِيَها ، ويُفارِقُ الأجْنَبِيَّ ، فإنَّ دَفْعَها إليه لا يُعَدُّ حِفْظًا منه . الصُّورة الثانية ، إذا كان له عُذْرٌ ، مثل إن أرادَ سَفَرًا ، أو خاف عليها عندَ نَفْسِه من حَرْقٍ أو غَرَقٍ أو غيرِه ، فهذا إن قَدَرَ على رَدِّها على صاحِبِها أو وَكِيلِه في قَبْضِها ، لم يَجُزْ له دَفْعُها إلى غيرِه ، فإن فَعَلَ ضَمِنَها ؛ لأنَّه دَفَعَها إلى غيرِ مالِكِها بغيرِ إذْنِه[11] من غيرِ عُذْرٍ ، فضَمِنَها ، كما لو أوْدَعها في الصُّورةِ الأولَى . وإن لم يَقْدِرْ على صاحِبِها ولا وَكِيلِه ، فله دَفْعُها إلى الحاكِمِ ، سَواءٌ كان به ضَرُورةٌ إلى السَّفَرِ أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّه مُتَبَرِّعٌ بإمْساكِها ، فلا يَلْزَمُه

٢٠٢/٦ ظ

---

(٧) في م : « فضمنه » .

(٨) في ا زيادة : « أن » .

(٩) في ا ، م : « يرجع » .

(١٠ – ١٠) في م : « بحفظها له » .

(١١) في م : « إذن منه » .

اسْتِدامَتُه ، والحاكُم يقومُ مَقامَ صاحِبِها عند غَيْبَتِه . وإن أَوْدَعها مع قُدْرَتِه على الحاكِمِ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ غيرَ الحاكِمِ لا وِلايَةَ له . ويَحْتَمِلُ أن يَجُوزَ له إيداعُها ؛ لأنَّه قد يكونُ أَحْفَظَ لها وأَحَبَّ إلى صاحِبِها . وإن لم يَقْدِرْ على الحاكِمِ ، فأَوْدَعَها ثِقَةً ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ . وذكَرَ القاضى أنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ أنَّه يَضْمَنُها ، ثم تَأَوَّلَ كلامَه / على أنَّه أَوْدَعَها من غيرِ حاجةٍ ، أو مع قُدْرَتِه على الحاكِمِ . وإن دَفَنَها فى مَوْضِعٍ ، وأَعْلَمَ بها ثِقَةً يَدُهُ على المَوْضِعِ ، وكانت ممَّا لا يَضُرُّها الدَّفْنُ ، فهو كإيداعِها عندَه ، وإن لم يُعْلِمْ بها أحدًا ، ضَمِنَها ؛ لأنه فَرَّطَ فى حِفْظِها ، فإنَّه[12] لا يَأْمَنُ أن يَمُوتَ فى سَفَرِه ، فلا تَصِلُ إلى صاحِبِها ، ورُبَّما نَسِىَ مكانَها ، أو أصابَه آفَةٌ من هَدْمٍ أو حَرْقٍ أو غَرَقٍ ، فتَضِيعُ . وإن أَعْلَمَ بها غيرَ ثِقَةٍ ، ضَمِنَها ؛ لأنه ربما أخذَها . وإن أَعْلَمَ بها ثِقَةً لا يَدَ له على المكانِ ، فقد فَرَّطَ ، لأنَّه لم يُودِعْها إيَّاهُ[13] ، ولا يَقْدِرُ على الاحْتِفاظِ بها .

٢٠٣/٦و

فصل : وإن أراد السَّفَرَ بها وقد نَهَاهُ المالِكُ عن ذلك ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه مُخالِفٌ لصاحِبِها ، وإن لم يكُنْ نَهَاه ، لكنَّ الطَّرِيقَ مَخُوفٌ ، أو البلدَ الذى يُسافِرُ إليه مَخُوفٌ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِها . وإن لم يكُنْ كذلك ، فله السَّفَرُ بها . نَصَّ عليه أحمدُ ، سَواءٌ كان به ضَرُورَةٌ إلى السَّفَرِ أو لم يكُنْ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشَّافعىُّ : إن سافَرَ بها مع القُدْرةِ على صاحِبِها ، أو وَكِيلِه ، أو الحاكِمِ ، أو أمينٍ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه سافَرَ[14] بها من غيرِ ضَرُورةٍ ، أشْبَهَ ما لو كان السَّفَرُ مَخُوفًا . ولَنا ، أنَّه نَقَلَها إلى مَوْضِعٍ مأمونٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو نَقَلَها فى البلدِ ، ولأنَّه سافرَ بها سَفَرًا غيرَ مَخُوفٍ ، أشْبَهَ ما لو لم يَجِدْ أحدًا يترُكُها عنده . ويَقْوَى عندى أنَّه متى سافرَ بها مع القُدْرةِ على مالِكِها ، أو نائِبِه بغيرِ إذْنِه ، فهو مُفَرِّطٌ عليه الضمانُ ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ على صاحِبِها إمْكانَ اسْتِرْجاعِها ، ويُخاطِرُ بها ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال : « إنَّ المُسافِرَ وَمَالَهُ لَعَلَى قَلَتٍ ، إلَّا مَا

---

(١٢) فى ا : « لأنه » .

(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٤) فى ا ، م : « يسافر » .

وَقَى اللهُ »[١٥] . أى على هَلاكٍ . ولا يَلْزَمُ من الإِذْنِ فى إمْساكِها على وَجْهٍ لا يَضْمَنُ هذا الخَطَرَ ، ولا يُفَوِّتُ إمكانَ رَدِّها على صاحِبها ، الإِذْنُ فيما يَتَضَمَّنُ ذلك ، فأمَّا مع غَيْبةِ المالِكِ[١٦] ووَكِيلِه ، / فله السَّفَرُ بها إذا كان أحْفَظَ لها ؛ لأنَّه [١٧] مَوْضِعُ حاجَةٍ [١٧] فيختارُ فِعْلَ ما فيه الحَظُّ .

٢٠٣/٦ظ

فصل : وإن حَضَرَه الموتُ ، فحُكْمُه حُكْمُ السَّفَرِ ، على ما مَضَى من أحْكامِه ، إلَّا فى أخْذِها معه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما سَبَبٌ لخُرُوجِ الوَدِيعةِ عن يَدِه .

١٠٦٨ – مسألة ؛ قال : (وإنْ كَانَتْ غَلَّةً فخَلَطَها فِى صِحَاحٍ ، أو صِحَاحًا فخَلَطَهَا فِى غَلَّةٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)

يعنى بالغَلَّةِ المُكَسَّرةَ إذا خَلَطَها بصحاحٍ من مالِه ، أو خَلَطَ الصحاحَ بالمُكَسَّرةِ ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّها تَتَميَّزُ منها فلا يَعْجِزُ بذلك عن رَدِّها على صاحِبها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو تَرَكَها فى صندوقٍ فيه[١] أكياسٌ له . وبهذا قال الشَّافعىُّ ، ومالكٌ ، ولا نَعْلَمُ فيه اختلافًا . وكذلك الحكمُ إذا خَلَطَ دَرَاهِمَ بدَنانِيرَ ، أو بيضًا[٢] بسُودٍ . وقد حُكِىَ عن أحمدَ ، فى مَن خَلَطَ دَرَاهِمَ بيضًا بِسُودٍ : يَضْمَنُها . ولعَلَّه قال ذلك لكَوْنِها تَكْتَسِبُ منها سَوادًا ، أو يتغيَّرُ لونُها ، فتَنْقُصُ قِيمَتُها ، فإن لم يكُنْ فيها ضَرَرٌ ، فلا ضَمانَ عليه . واللهُ تعالى أعلمُ .

---

(١٥) ذكره ابن قتيبة ، فى : غريب الحديث ٢ / ٥٦٤ . وانظر : تلخيص الحبير ٣ / ٩٨ ، وإرواء الغليل ٥ / ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(١٦) فى ب : « مالكها » .

(١٧ – ١٧) فى م : « وضع حاجته » .

(١) فى م : « وفيه » .

(٢) فى م : « وبيضا » .

١٠٦٩ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَجْعَلَهَا فِى مَنْزِلٍ ، فَأَخْرَجَهَا عَنِ الْمَنْزِلِ ، لِغِشْيَانِ نَارٍ ، أو سَيْلٍ ، أو شَىْءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى[١] ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْه)

وجملةُ ذلك أنَّ رَبَّ الوَدِيعةِ إذا أَمَرَ المُسْتَوْدَعَ بحِفْظِها فى مكانٍ عَيَّنَه ، فحَفِظَها[٢] فيه ، ولم يَخْشَ عليها ، فلا ضَمانَ عليه . بغيرِ خلافٍ ؛ لأنَّه مُمْتَثِلٌ لأمْرِه ، غيرُ مُفَرِّطٍ فى مالِه . وإن خاف عليها سَيْلًا أو تَوًى[٣] ، يعنى هلاكًا ، فأخْرَجَها منه إلى حِرْزِها ، فتَلِفَتْ ، فلا ضَمانَ عليه . بغير خلافٍ أيضا ؛ لأنَّ نَقْلَها فى هذه الحالِ تَعَيَّنَ حِفْظًا لها ، وهو مأمورٌ بحِفْظِها . وإن تَرَكَها مع الخَوْفِ فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها سواء تَلِفَتْ بالأمرِ المَخُوفِ أو بغيرِه ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِها ، لأنَّ حِفْظَها نَقْلُها ، وتَرْكُها تَضْيِيعٌ لها . وإن لم يَخَفْ عليها / فنَقَلَها عن الحِرْزِ إلى دُونِه ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه خالَفَه فى الحِفْظِ المأمورِ به . ٦/٢٠٤و وإن نَقَلَها إلى دُونِه عند الخَوْفِ عليها ، نَظَرْنا ؛ فإن أمْكَنَه إحْرازُها بمِثْلِه ، أو أعْلَى منه ، ضَمِنَها أيضا ؛ لتَفْرِيطِه ، وإن لم يُمْكِنْه إحرازُها إلا بما دُونَه ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ إحْرازَها بذلك أحْفَظُ لها من تَرْكِها[٤] ، وليس فى وُسْعِه سِوَاه . وإن نَقَلَها إلى مثل ذلك الحِرْزِ لغيرِ عُذْرٍ ، فقال القاضى : لا يَضْمَنُها . وهو مَذْهَبُ الشافِعِىّ ؛ لأنَّ تَقْيِيدَه[٥] بهذا الحِرْزِ يَقْتَضِى ما هو مثلُه ، كمَن اكْتَرَى أرْضًا لزَرْعِ حِنْطةٍ ، فله زَرْعُها وزَرْعُ مثلِها فى الضَّرَرِ . ويَحْتَمِلُ كلامُ الْخِرَقِىِّ لُزُومَ الضَّمانِ ، لأنَّ الأمْرَ بشىءٍ يقْتَضِى تَعْيِينَه ، فلا يُعْدَلُ عنه إلَّا بدَلِيلٍ . وإن نَقَلَها إلى أحْرَزَ منه كان حُكْمُه[٦] حُكْمَ مالو أخْرَجَها إلى مثلِه . فإن نَهاه عن إخْراجِها من ذلك المكانِ ، فالحُكْمُ فيه كما لو أمَرَه بتَرْكِها فيه ولم يَنْهَه

---

(١) فى م : « البوار » .

(٢) فى م : « فحفظ » .

(٣) فى م : « وتوى » .

(٤) فى ا ، م : « تركه » .

(٥) فى ا ، م : « تقيده » .

(٦) فى ب : « حكمها » .

عن إخراجِها منه ، إلّا فى[7] أنّه إذا خافَ عليها فلم يُخْرِجْها حتى تَلِفَتْ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يَضْمَنُ ؛ لما ذكَرْنا فى التى قبلَها . والثانى ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنّه مُمْتَثِلٌ لقولِ صاحِبِها . وفى أنّه إذا أخْرَجها لغيرِ عُذْرٍ ضَمِنَها ، سواءٌ أخْرَجها إلى مثلِه أو دُونَه أو فَوْقَه ؛ لأنّه خالَفَ صاحِبَها لغيرِ فائدةٍ . وهذا ظاهرُ كلامِ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : إن نَهاه عن نَقْلِها من بيتٍ ، فنَقَلها إلى بيتٍ آخرَ من الدارِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ البيْتَيْنِ من دارٍ واحدةٍ حِرْزٌ واحدٌ ، وطريقُ أحدِهما طَرِيقُ الآخَرِ ، فأشْبَهَ مالو نَقَلها من زاويةٍ إلى زاويةٍ . وإن نَقَلَها من دارٍ إلى دارٍ أُخْرَى ، ضَمِنَ . ولَنا ، أنّه خالفَ أمْرَ صاحِبِها بما لا مَصْلحةَ فيه ، فيَضْمَنُ ، كما لو نَقَلَها من دارٍ إلى دارٍ . وليس ما فَرَّقَ به صحيحًا ؛ لأنَّ بُيُوتَ الدارِ تَخْتَلِفُ ، فمنها ما هو أقربُ إلى الطريقِ ، أو / إلى موضعِ الوَقُودِ ، أو إلى الانْهِدَامِ ، أو أسْهَلُ فَتْحًا ، أو بابُه أسْهَلُ كَسْرًا ، أو أضعَفُ حائِطًا ، وأسْهلُ[8] نَقْبًا ، أو لكَوْنِ المالكِ يَسْكُنُ به ، أو يَسْكُنُ فى غيرِه ، وأشْباه هذا ممَّا يُؤثِّرُ فى الحِفْظِ أو فى عَدَمِه ، فلا يجوزُ تَفْويتُ غَرَضِ رَبِّ الوَديعةِ من تَعْيِينه من غير ضرورةٍ . وإن خاف عليها فى مَوْضِعِها ، فعليه نَقْلُها ، فإن تَرَكَها فتَلِفَتْ ضَمِنَها ؛ لأنَّ نَهْىَ صاحِبِها عن إخراجِها إنَّما كان لحِفْظِها ، وحِفْظُها هٰهُنا فى إخراجِها ، فأشْبَهَ مالو لم[9] يَنْهَهُ عن إخراجِها . فإن قال : لا تُخْرِجْها وإن خِفْتَ عليها . فأخْرَجها من غير خَوْفٍ ضَمِنَها ، وإن أخْرَجَها عندَ خَوْفِه عليها ، أو تَرَكَها فتَلِفَتْ[10] ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ نَهْيَه مع خَوْفِ الهلاكِ نَصٌّ فيه ، وتَصْرِيحٌ به ، فيكونُ مأْذُونًا فى تَرْكِها فى تلك الحال ، فلم يَضْمَنْها ؛ لِامْتثالِه أمْرَ صاحِبِها ، كما لو قال له : أتْلِفْها . فأتْلَفَها . ولا يَضْمَنُ إذا أخْرَجها ؛ لأنّه زِيادَةُ خيرٍ وحِفْظٍ ، فلم يَضْمَنْ به ، كما لو قال له : أتْلِفْها . فلم يُتْلِفْها حتى تَلِفَتْ .

٦/٢٠٤ظ

---

(٧) سقط من : ا .

(٨) فى م : « أو أسهل » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) فى م : « لتلفت » .

فصل : وإن أودعه وديعةً ، ولم يُعَيِّنْ له موضعَ إحرازها ، فإنَّ المُودَعَ يَحْفَظُها في حِرْزِ مثلِها أيَّ مَوْضِعٍ شاءَ . فإن وَضَعَها في حِرْزٍ ، ثم نَقَلَها عنه إلى حِرْزِ مثلِها ، لم يَضْمَنْها ، سَواءٌ نَقَلها إلى مثلِ الأوَّلِ أو دُونَه ؛ لأنَّ رَبَّها رَدَّ حِفظَها إلى رَأْيِه واجْتِهادِه ، وأَذِنَ له في إحرازِها بما شاء من أحْرازِ مثلِها ، ولهذا لو تَرَكَها في هذا الثاني أوَّلًا لم يَضْمَنْها ، فكذلك إذا نَقَلَها إليه . ولو كانت العَيْنُ في بيتِ صاحِبِها فقال[11] لرجلٍ : احْفَظْهَا في موضِعِها . فنَقَلَها عنه من غيرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه ليس بمُودَعٍ ، إنَّما هو وكيلٌ في حِفْظِها ، وليس له إخراجُها من مِلْكِ صاحِبِها ، ولا من مَوْضِعٍ اسْتأْجَرَه لها ، إلَّا أن يَخافَ عليها ، فعليه إخراجُها ، لأنَّه مأمورٌ بحِفْظِها ، وقد تعَيَّن حِفْظُها في إخراجِها ، ويَعْلَمُ أنَّ صاحِبَها لو حَضَرَ في هذه الأحوالِ لأخْرَجَها ، ولأنَّه مأمورٌ بحِفْظِها على صفةٍ ، فإذا تَعَذَّرَتِ / الصِّفَةُ ، لَزِمَه حِفْظُها بدُونِها ، كالمُسْتَوْدَعِ إذا خاف عليها . ٢٠٥/٦و

فصل : إذا أخْرَجَ الوديعةَ المَنْهِيَّ عن إخراجِها ، فتَلِفَتْ ، وادَّعَى أنَّه أخْرَجَها لغَشَيانِ نارٍ ، أو سيلٍ ، أو شيءٍ ظاهرٍ ، فأنْكَرَ صاحِبُها وُجُودَه ، فعلى المُسْتَوْدَعِ البينةُ أنَّه كان في ذلك المَوْضعِ ما ادَّعاه ؛ لأنَّ هذا ممَّا لا تَتَعَذَّرُ إقامةُ البَيِّنةِ عليه ، لأنَّه أمرٌ ظاهرٌ . فإذا ثَبَتَ ذلك ، كان القولُ قولَه في التَّلَفِ مع يَمينِه ، ولا يَحْتاجُ إلى بَيِّنةٍ ، لأنَّه تتعذَّرُ إقامةُ البَيِّنةِ ، فلم يُطَالَبْ بها ، كما لو ادَّعَى التَّلَفَ بأمْرٍ خَفِيٍّ ، وهذا قولُ الشَّافعيِّ . والحكمُ في إخراجِها من الخَرِيطةِ والصُّنْدوقِ ، حكمُ إخراجِها من البيتِ ، على ما مَضَى من التَّفْصِيلِ فيه .

فصل : ولو أمَرَه أن يَجْعَلَها في منزِلِه ، فتَرَكَها في ثِيابِه ، وخَرَجَ بها ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ البيتَ أحْرَزُ لها . وإن جاءَه بها في السُّوقِ ، فقال : احْفَظْها في بيتِكَ . فقام بها في الحالِ ، فتَلِفَتْ ، فلا ضَمانَ عليه . وإن تَرَكها في دُكَّانِه أو ثِيابِه ، ولم يَحْمِلْها إلى بيتِه مع إمكانِه ، فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ بيتَه أحْرَزُ لها . هكذا قال أصحابُنا . ويَحْتَمِلُ أنَّه متى

---

(١١) سقط من : م .

تَرَكها عندَه إلى وقتِ مُضِيِّه إلى مَنْزِله فى العادةِ فتَلِفَتْ ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ العادةَ أنَّ الإنسانَ إذا أُودِعَ شيئًا وهو فى دُكَّانِه ، أمْسَكه فى دُكَّانِه (١٢ أو فى ثِيابِه ١٢) إلى وقتِ مُضِيِّه إلى منزِله ، فيَستَصْحِبُه معه ، والمُودِعُ عالِمٌ بهذه العادةِ (١٣) راضٍ بها ، ولو لم يَرْضَ بها لَشَرَطَ عليه خِلَافَها ، وأمَرَه بتَعْجِيلِ حَمْلِها ، فإمَّا أن يَقْبَلَها بهذا الشرطِ أو يَرُدَّها . وإن قال : اجْعَلْها فى كُمِّكَ . فجعَلَها فى جَيْبِه ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ الجَيْبَ أحْرَزُ لها ، لأنَّه (١٤) ربَّما نَسِىَ ، فيَسْقُطُ (١٥) الشيءُ من كُمِّه ، بخلافِ الجَيْبِ . وإن قال : اجْعَلْها فى جَيْبِكَ . فتَرَكَها فى كُمِّه ، ضَمِنَها لذلك . وإن جَعَلَها فى يدِه ، ضَمِنَ أيضا ، كذلك . وإن قال : اجْعَلْها فى كُمِّكَ . فتَرَكَها فى يَدِه ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَضْمَنُ ؛ لأنَّ سُقوطَ الشيءِ من اليَدِ مع النِّسْيانِ / أكثرُ من سُقُوطِه من الكُمِّ . والثانى ، لا يضمنُ ؛ لأنَّ اليَدَ لا يَتَسلَّطُ عليها الطَّرَّارُ بالبَطِّ (١٦) ، والكُمُّ (١٧) بخِلافِه ، ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أحْرَزُ من وَجْهٍ ، (١٨ فيَتَساوِيانِ . ولِمَن نصرَ الوَجْهَ الأوَّلَ أن يقولَ : متى كان كلُّ واحدٍ منهما أحْرَزَ من وجهٍ ١٨) ، وَجَبَ أن يَضْمَنَ ؛ لأنَّه فَوَّتَ الوَجْهَ المأمورَ بالحِفْظِ به ، وأتى بما لم يُؤْمَرْ به ، فضَمِنَ لمخالَفَتِه . وعلى هذا لو أمَرَه (١٩) بتَرْكِها فى يدِه ، فجَعلها فى كُمِّه ، ضَمِنَ لذلك . وقال القاضى : اليَدُ أحْرَزُ عند المُغالَبةِ ، (٢٠ والكُمُّ أحْرَزُ منه عند عَدَمِ المُغالَبةِ ٢٠) . فعلى هذا ، إن أُمِرَ بتَرْكِها فى يَدِه ، فشَدَّها فى كُمِّه عندَ غيرِ المُغالَبةِ ، (٢١ فلا ضَمانَ عليه ٢١) ، وإن فَعَلَ ذلك عند المُغالَبةِ ضَمِنَ . وإن أمَره بشَدِّها

٢٠٥/٦ ظ

(١٢ - ١٢) سقط من : ب .

(١٣) فى م : « الحالة » .

(١٤) فى م زيادة : « إنما » .

(١٥) فى الأصل ، ب : « فسقط » .

(١٦) بط الطرار الكم : شقه .

(١٧) فى م : « والحكم » .

(١٨ - ١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) فى الأصل ، ا ، م : « أمر » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : ا ، م .

(٢١ - ٢١) فى ب : « لم يضمن » .

فى كُمِّه ، فأمْسَكها فى يَدِه عندَ المُغالَبة ، لم يَضْمَنْ ، وإن فَعَلَ ذلك عند غيرِ المُغالبةِ ضَمِنَ . وإن أمَرَه بحِفْظِها مُطْلَقًا ، فترَكها فى جَيْبِه ، أو شَدَّها فى كُمِّه ، لم يَضْمَنْها . وإن ترَكها فى كُمِّه غيرَ مَشْدُودةٍ ، وكانت خَفِيفةً لا يَشْعُرُ بها إذا سَقَطَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ ، وإن كانت ثقيلةً يَشْعُرُ بها ، لم يَضْمَنْها ؛ (22 لأنَّ هذا 22) عادةُ الناسِ فى حِفْظِ أموالِهم . وإن شَدَّها على عَضُدِه ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ ذلك أحْفَظُ لها . وقال القاضى : إن شَدَّها من جانبِ الجَيْبِ ، لم يَضْمَنْ ، وإن شَدَّها من الجانبِ الآخرِ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ الطَّرَّارَ يَقْدِرُ على بَطِّها ، بخلافِ ما إذا شَدَّها ممَّا يَلِى الجَيْبَ . وهذا يَبْطُلُ بما إذا ترَكها فى جَيْبِه ، أو شَدَّها فى كُمِّه ، فإنَّ الطَّرَّارَ يَقْدِرُ على بَطِّها ولا يَضْمَنُ ، وليس إمكانُ إحْرازِها بأحْفَظِ الحِرْزَيْنِ مانِعًا من إحرازِها بما دونَه ، إذا كان حِرْزًا لِمِثْلِها[23] . وشَدُّها على العَضُدِ حِرْزٌ لها كيفما كان ؛ لأنَّ الناسَ يُحَرِّزُون به أموالَهم ، فأشْبَهَ شَدَّها فى الكُمِّ وترْكَها فى الجَيْبِ ، ولكن لو أمَرَه بشَدِّها مما يَلِى الجَيْبَ[24] ، فشَدَّها[25] من الجانبِ الآخرِ ، ضَمِنَ . وإن أمَرَه بشَدِّها ممَّا يَلِى الجانبَ الآخرَ ، فشَدَّها ممَّا يَلِى الجَيْبَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه أحْرَزُ . وإن أمَرَه بشَدِّها على عَضُدِه مطلقًا ، أو أمَرَه بحِفْظِها معه ، فشَدَّها من أىِّ الجانِبَيْنِ / كان ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه مُمْتَثِلٌ لأمْرِ[26] مالِكِها ، مُحْرِزٌ لها بحِرْزِ مثلِها . وإن شَدَّها على وَسَطِه ، فهو أحْرَزُ لها ، وكذلك إن ترَكها فى بيتِه فى حِرْزِها .

٢٠٦/٦ و

فصل : وإن أمَرَه أن يَجْعَلَها فى صُندوقٍ ، وقال : لا تَقْفِلْ عليها ، ولا تَنَمْ فَوْقَها . فخالَفه فى ذلك ، أو قال : لا تَقْفِلْ عليها إلَّا قُفْلًا واحدًا ، فجَعل عليها قُفْلَيْنِ ، فلا ضَمانَ عليه . ذكَره القاضى . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وحُكِىَ عن مالكٍ أنَّه يَضْمَنُ ؛ لأنَّه خالَفَ ربَّها فى شىءٍ له فيه غَرَضٌ يتعلَّقُ بحِفْظِها ، فأشْبَهَ مالو نَهاهُ عن

(22-22) فى ب : « لأنها » .

(23) فى م : « بمثلها » .

(24) سقط من : ا ، م .

(25) فى ا ، م : « فيشدها » .

(26) فى ا ، م : « أمر » .

إخراجِها عن مَنْزِله فأخْرَجَها لغيرِ حاجةٍ ، وذلك لأنَّ النَّوْمَ عليها ، وتَرْكَ قُفْلَيْنِ عليها ، وزيادةَ الاحْتِفاظِ بها ، يُنَبِّهُ اللِّصَّ عليها ، ويَحُثُّه على الْجِدِّ فى سَرِقَتِها ، والاحْتِيالِ لأخْذِها . ولَنا ، أنَّ ذلك أحْرَزُ لها ، فلا يَضْمَنُ بفِعْلِه ، كما لو أمَرَه بتَرْكِها فى صَحْنِ الدارِ ، فتَرَكها فى البيتِ ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذكَرُوه .

فصل : إذا قال : اجْعَلْها فى هذا البيتِ ، ولا تُدْخِلهُ أحدًا . فأدْخَلَ إليه قَوْمًا ، فسَرَقها أحَدُهم ، ضَمِنَها ؛ لأنَّها ذَهَبَتْ بتَعَدِّيه ومُخالَفَتِه ، وسَواءٌ سَرَقها حالَ إدْخالِهم ، أو بعدَه ؛ لأنَّه ربَّما شاهَدَ الوَدِيعةَ فى دُخُولِه البيتَ ، وعَلِمَ مَوْضِعَها ، وطَرِيقَ الوُصولِ إليها . وإن سَرَقَها مَنْ لم يَدْخُلِ البيتَ ، فقال القاضى : لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّ فِعْلَه لم يكُنْ سَبَبًا لإتْلافِها . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه الضَّمانُ ؛ لأنَّ الداخِلَ ربَّما دَلَّ عليها مَنْ لم يَدْخُلْ ، ولأنَّها مُخالَفَةٌ تُوجِبُ[27] الضَّمانَ ، إذا كانت سَبَبًا لإتْلافِها فأوْجَبَتْه ، وإن لم تكُنْ سببًا كما لو نَهاهُ عن إخْراجِها فأخْرَجَها لغيرِ حاجةٍ .

فصل : إذا قال : ضَعْ هذا الخاتَمَ فى الخِنْصِرِ . فوَضَعه فى البِنْصِرِ ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّها أغْلَظُ وأحْفَظُ له ، إلَّا أن لا يَدْخُلَ فيها ، فيَضَعَه فى أُنْمُلَتِها العُلْيا فيَضْمَنَه ، أو يَنْكَسِرَ بها[28] لغِلَظِها عليه ، فيَضْمَنَه أيضا ؛ لأنَّ مُخالَفَتَه سَبَبٌ لِتَلَفِه .

٦/٢٠٦ظ **١٠٧٥ – / مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْدَعَهُ شَيْئًا ، ثُمَّ سَأَلَهُ دَفْعَهُ إِلَيْهِ فِى وَقْتٍ أَمْكَنَهُ ذٰلِكَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلِفَ ، فَهُوَ ضَامِنٌ)**

لا خلافَ فى وُجوبِ رَدِّ الوَدِيعةِ على مالِكِها ، إذا طَلَبها ، فأمْكَنَ أداؤُها إليه بغير ضَرُورةٍ ، وقد أمَرَ اللهُ تعالى بذلك ، فقال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ

---

(٢٧) فى ا ، م : « فوجب » .

(٢٨) سقط من : ب .

إِلَى أَهْلِهَا ﴾[1] . وأمرَ به رسولُ الله ﷺ فقال : « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلى مَنِ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ »[2] . يعنى عند طَلَبِها . ولأَنَّها حَقٌّ لمالِكِها لم يَتعلَّقْ بها حَقُّ غيرِه ، فلَزِمَ أداؤُها إليه ، كالمَغْصوبِ والدَّيْنِ الحالِّ . فإنِ امْتَنعَ من دَفْعِها فى هذه الحالِ ، فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأَنَّه صار غاصِبًا ، لِكَوْنِه أَمْسكَ مالَ غيرِه بغيرِ إِذْنِه بِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، فأشْبَهَ الغاصبَ . فأمَّا إن طَلَبَها فى وقتٍ لم[3] يُمْكِنْ[4] دَفْعُها إليه ، لِبُعْدِها ، أو لمَخافةٍ فى طرِيقِها ، أو للعَجْزِ عن حَمْلِها ، أو غيرِ ذلك ، لم يكُنْ متعدِّيًا بتَرْكِ تَسْلِيمِها ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لا يُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَها . وإن تَلِفَتْ[5] لم يَضْمَنْها ؛ لعدَمِ عُدْوانِه . وإن قال : أَمْهِلُونِى حتى أَقْضِىَ صَلاتِى ، أو آكُلَ ، فإنِّى جائعٌ ، أو أنامَ فإنِّى ناعِسٌ ، أو يَنْهَضِمَ عنى الطعامُ فإنِّى مُمْتَلِئٌ . أُمْهِلَ بقَدْرِ ذلك .

فصل : وليس على المُسْتَوْدَعِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ[6] وحَمْلُها إلى رَبِّها إذا كانت ممَّا لِحَمْلِه[7] مُؤْنةٌ ، قَلَّتِ المُؤْنةُ أو كَثُرَتْ ؛ لأنَّه قَبَضَ العَيْنَ لمَنْفَعةِ مالِكِها على الخُصُوصِ ، فلم تَلْزَمْه الغَرامةُ عليها ، كما لو وَكَّلَه فى حِفْظِها فى مِلْكِ صاحِبِها ، وإنَّما عليه التَّمْكِينُ من أَخْذِها . وإن سافرَ بها بغيرِ إِذْنِ رَبِّها ، فعليه رَدُّها إلى بَلَدِها ، لأنَّه أَبْعدَها بغير إِذْنِ رَبِّها ، فلَزِمَهُ رَدُّها ، كالغاصبِ .

١٠٧١ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا مَاتَ وعِنْدَهُ وَدِيعَةٌ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْ مَالِهِ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا)

وجملتُه أنَّ الرَّجُلَ إذا مات ، (1)وثَبَتَ أن عندَه(1) وَدِيعةً لم تُوجَدْ بعَيْنِها ، فهى دَيْنٌ

---

(1) سورة النساء ٥٨ .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٦ .

(3) فى ب : « لا » .

(4) فى ا ، ب ، م : « يكن » .

(5) فى م : « تلف » .

(6) فى م : « الردود » .

(7) فى الأصل ، ا ، ب : « لحملها » .

(1 – 1) فى ب : « وعنده » .

عليه ، يُغْرَمُ من تَرِكَتِه ، فإن كان عليه دَيْنٌ سِوَاها ، فهى والدَّيْنُ سواءٌ ، فإن وَفَتْ تَرِكَتُه

٢٠٧/٦ و بهما ، وإلَّا اقْتسماها بالحِصَصِ[٢] . / وبهذا قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وداودُ بن أبى هِنْدٍ ، ومالكٌ ، والشَّافعىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، وإسحاقُ . ورُوِىَ ذلك عن شُرَيْحٍ ، ومَسْرُوقٍ ، وعَطاءٍ ، وطاوُسٍ ، والزُّهْرِىِّ ، وأبى جَعْفَرٍ محمدِ بن علىٍّ . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ : الأمانةُ قبلَ الدَّيْنِ . وقال الحارِثُ العُكْلِىُّ : الدَّيْنُ قبلَ الأمانةِ . ولَنا ، أنَّهما حقَّانِ وَجَبَا فى ذِمَّتِه ، فتساوَيا كالدَّيْنَيْنِ ، وسواءٌ وُجِدَ فى تَرِكَتِه من جِنْسِ الوَديعةِ أو لم يُوجَدْ . وهذا إذا أقَرَّ المُودَعُ أنَّ عندِى وَدِيعةً أو علىَّ وَدِيعةٌ لفلانٍ ، أو ثَبتَ بِبَيِّنةٍ أنَّه مات وعندَه وَدِيعةٌ ، فأما إن كانتْ عندَه وَدِيعةٌ فى حَياتِه ، ولم تُوجَدْ بِعَيْنِها ، ولم يُعْلَمْ هل هى باقيةٌ عندَه أو تَلِفتْ . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، وُجُوبُ[٣] ضَمانِها ؛ لأنَّ الوَديعةَ يجبُ رَدُّها ، إلَّا أن يَثْبُتَ سُقُوطُ الرَّدِّ بالتَّلَفِ من غيرِ تَعَدٍّ ، ولم يَثْبُتْ ذلك ، ولأنَّ الجَهْلَ بعَيْنِها كالجَهْلِ بها ، وذلك لا يُسْقِطُ الرَّدَّ . والثانى ، لا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ الوَديعةَ أمانةٌ ، والأصْلُ عَدَمُ إتْلافِها والتَّعَدِّى فيها ، فلم يَجِبْ ضَمانُها . وهذا قولُ ابْنِ أبى لَيْلَى ، وأحدُ الوَجْهين لأصْحابِ الشَّافعىِّ . وظاهرُ المَذْهبِ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الأصْلَ وُجُوبُ الرَّدِّ ، فيَبْقَى عليه ، ما لم يُوجَدْ ما يُزِيلُه .

فصل : وإن مات وعندَه وَدِيعةٌ مَعْلومةٌ بعَيْنِها ، فعلى وَرَثَتِه تَمْكِينُ صاحِبِها من أخْذِها ، فإن لم يَعْلَمْ بموْتِه[٤] ، وَجَبَ عليهم إعْلامُه به[٥] ، وليس لهم إمْساكُها قبلَ أن يَعْلَمَ بها رَبُّها ؛ لأنَّه لم يَأْتَمِنْهُم عليها ، وإنَّما حَصَلَ مالُ غيرِهم فى أيْدِيهم ، بمَنْزِلةِ من أطارَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبًا وعَلِمَ به ، فعليه إعلامُ صاحِبِه به ، فإن أخَّرَ ذلك مع الإمْكانِ ضَمِنَ . كذا هٰهُنا . ولا تَثْبُتُ الوَديعةُ إلَّا بإقْرارٍ من المَيِّتِ أو وَرَثَتِه ، أو بَيِّنةٍ تَشْهَدُ بها . وإن

---

(٢) فى الأصل ، ب : « اقتسماه » .

(٣) فى ب : « يجب » .

(٤) فى م : « بموت صاحبها من أخذها » .

(٥) فى الأصل ، ا ، م : « بها » .

وُجِدَ عليها مَكْتُوبًا وَدِيعةٌ ، لم يكُنْ حُجَّةً عليهم ، لجَوازِ أن يكون الظَّرْفُ[٦] كانت فيه وَدِيعةٌ قبلَ هذا ، أو كان وَدِيعةً لمَوْرُوثِهم / عندَ غيرِه ، أو كانت وَدِيعةً فابْتاعَها ، ٦/٢٠٧ظ
وكذلك لو وَجَدَ فى زُرْمَانَجِ[٧] أبيه، أنَّ لفلانٍ عندى وَدِيعةً. لم يَلْزَمْه بذلك؛ لِجوازِ أن يكونَ قد رَدَّها ونَسِىَ الضَّرْبَ على ما كَتَبَ ، أو غيرِ ذلك .

١٠٧٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَالَبَهُ بِالْوَدِيعَةِ ، فَقَالَ : مَا أَوْدَعْتَنِى . ثُمَّ قَالَ : ضَاعَتْ مِنْ حِرْزٍ ، كَانَ ضَامِنًا ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ حَالِ الْأَمَانَةِ . وَلَوْ قَالَ : مَالَكَ عِنْدِى شَىْءٌ . ثُمَّ قَالَ : ضَاعَتْ مِنْ حِرْزٍ . كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا ادَّعَى على رَجُلٍ وَدِيعةً ، فقال : ما أَوْدَعْتَنِى . ثم ثَبَتَ أنَّه أوْدَعه ، فقال : أَوْدَعْتَنِى ، وهَلَكتْ من حِرْزِى . لم يُقْبَلْ قولُه ، ولَزِمَه ضَمانُها . وبهذا قال مالكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وإسْحاقُ وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لإنْكارِه الأَوَّلِ ، ومُعْتَرِفٌ على نَفْسِه بالكَذِبِ المُنافِى للأمانةِ . وإن أقَرَّ بها[١] له بتَلَفِها من حِرْزِه قبلَ جَحْدِه ، فلا ضَمانَ عليه . وإن أقَرَّ أنَّها تَلِفَتْ بعدَ جُحُودِه ، لم يَسْقُطْ عنه الضَّمانُ ؛ لأنَّه خَرَجَ بالجُحودِ عن الأمانةِ ، فصار ضامِنًا ، كمَنْ طُولِبَ بالوَدِيعةِ فامْتَنعَ من رَدِّها . وإن أقام بَيِّنَةً[٢] بتَلَفِها بعدَ الجُحُودِ ، لم يَسْقُطْ عنه الضَّمانُ لذلك . وإن شَهِدَتْ بتَلَفِها قبلَ الجُحودِ من الحِرْزِ ، فهل تُسْمَعُ بَيِّنَتُه ؟ ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُسْمَعُ ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لها بإنْكارِه الإيداعَ . والثانى ، تُسْمَعُ بَيِّنَتُه[٣] ؛ لأنَّ المُودَعَ لو اعْتَرفَ بذلك سَقَطَ حَقُّه ، فتُسْمَعُ البَيِّنَةُ به ، فإن شَهِدَتْ بالتَّلَفِ من الحِرْزِ ، ولم تُعَيِّنْ قبلَ الجُحُودِ ولا بعدَه ، واحْتَملَ الأَمْرَيْنِ ، لم يَسْقُط الضَّمانُ ؛ لأنَّ

---

(٦) فى م : « الظروف » .

(٧) أصله الروزنامة ، وهى مركبة من روز ، أى يوم ، ونامه ، أى كتاب . الألفاظ الفارسية المعربة ٧٥ . والمقصود الدفتر الذى يسجل فيه .

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « البينة » .

(٣) فى ا ، م : « بينته » .

الأَصلَ وُجوبُه ، فلا يَنْتَفِى بأَمْرٍ مُتَرَدِّدٍ . وأَمَّا إذا ادَّعَى الوَديعةَ ، فقال : مالَكَ عندى شىءٌ ، أو لا تَستَحِقُّ علىَّ شيئا . فقامتِ[4] البَيِّنَةُ بالإيداعِ ، أو أقرَّ به المُودَعُ ، ثم قال : ضاعتْ من حِرْزٍ . كان القولُ قولَه مع يَمِينِه ، / ولا ضَمانَ عليه ؛ لأَنَّ قولَه لا يُنافِى ما شَهِدَت به البَيِّنَةُ ، ولا يُكَذِّبُها ، فإنَّ مَن تَلِفَتْ الوَديعةُ من حِرْزِه بغيرِ تَفْرِيطِه فلا شىءَ لمالِكِها عنده ، ولا يَستَحِقُّ عليه شيئا ، لكنْ إن ادَّعَى تَلَفَها بعدَ جُحُودِه ، أو قامت بَيِّنةٌ بتَلَفِها بعد الجُحودِ[5] ، أو أنَّها[6] كانت عنده حالَ[7] جُحُودِه ، فعليه ضَمانُها ؛ لأَنَّ جُحودَه أوْجَبَ الضَّمانَ عليه ، فصار كالغاصِبِ[8] .

٢٠٨/٦ و

فصل : إذا نَوَى الخِيانةَ فى الوَديعةِ ، بالجُحُودِ أو الاسْتِعْمالِ ، ولم يَفْعَلْ ذلك[9] ، لم يَصِرْ ضامِنًا ؛ لأنَّه لم يُحْدِثْ فى الوَديعةِ قولًا ولا فِعلًا ، فلا يَضْمَنُ ، كما لو لم يَنْوِ . وقال (10) ابنُ سُرَيْجٍ (10) : يَضْمَنُها ؛ لأنَّه أمْسَكَها بنِيَّةِ الخِيانةِ ، فيَضْمَنُها ، كالمُلْتَقِطِ بقَصْدِ التَّمَلُّكِ[11] . ولَنا : قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « عُفِىَ (12) لِأُمَّتِى عن (12) الخَطَأِ ، والنِّسْيانِ ، وما حَدَّثَتْ به أَنْفُسَها ، مَا لَمْ تَكَلَّمْ بِهِ ، أَوْ تَعْمَلْ بِهِ »[13] . ولأنَّه لم يَخُنْ فيها بقَوْلٍ ولا

---

(٤) فى م : « فقالت » .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) فى ا ، م : « وأنها » .

(٧) فى الأصل ، ب : « حالة » .

(٨) فى م : « كالغصب » .

(٩) سقط من : م .

(١٠-١٠) فى م : « شريح » .

(١١) فى م : « التمليك » .

(١٢-١٢) فى م : « عن أمتى » .

(١٣) الطرف الأول للحديث تقدم تخريجه فى : ١/ ١٤٦ . وقوله ﷺ : « وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به » . أخرجه البخارى ، فى : باب الطلاق فى الإغلاق ... ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب إذا حنث ناسيا فى الأيمان ... ، من كتاب الأيمان . صحيح البخارى ٧ / ٥٩ ، ٨ / ١٦٨ . وأبو داود ، فى : باب فى الوسوسة بالطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يحدث ... ، من أبواب الطلاق . ٥ / ١٥٥ ، ١٥٦ . والنسائى ، فى : باب من طلق فى نفسه ، من كتاب الطلاق . المجتبى=

فِعْلٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كالذى لم يَنْوِ ، وفارَقَ المُلْتَقِطَ بقَصْدِ التَّمَلُّكِ[14] ، فإنَّه عَمِلَ فيها بأخْذِها ناوِيًا للخِيانةِ فيها ، فوَجَبَ الضَّمانُ بفِعْلِه المَنْوِىِّ ، لا بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ . ولو الْتَقطها قاصِدًا لتَعْرِيفِها ، ثم نَوَى بعدَ ذلك إمْساكَها لِنَفْسِه ، كانت كمسألَتِنا . ولو أخْرَجَها بِنِيَّةِ الاسْتعمالِ ، فلم يسْتَعْمِلْها ، ضَمِنَها . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَضْمَنُها إلَّا بالاسْتعمالِ ؛ لأنَّه لو أخْرَجَها لِنَقْلِها[15] لم يَضْمَنْها . ولَنا ، أنَّه تَعَدَّى بإخْراجِها ، أشْبَهَ ما لو اسْتَعْمَلَها ، بخلافِ ما إذا نَقَلَها[16] .

فصل : والمُودَعُ أمينٌ ، والقولُ قولُه فيما يَدَّعِيه من تَلَفِ الوَدِيعةِ . بغيرِ خلافٍ . قال ابنُ المنذرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ أحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ على أنَّ المُودَعَ إذا أحْرَزَ الوَديعةَ ، ثم ذَكَرَ أنَّها ضاعتْ ، أنَّ القولَ قولُه . وقال أكثرُهم : مع يَمِينِه . وإن ادَّعَى رَدَّها على صاحِبِها ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه أيضا . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ / ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . [17]وبه قال[17] مالكٌ إن كان دَفَعَها إليه بغيرِ بينةٍ . وإن كان أوْدَعَه بِبَيِّنةٍ لم يُقْبَلْ قولُه فى الرَّدِّ إلَّا بِبَيِّنةٍ . ولَنا ، أنَّه أمينٌ لا مَنْفعةَ له فى قَبْضِها ، فقُبِلَ قولُه فى الرَّدِّ بغيرِ بَيِّنةٍ ، كما لو أُودِعَ بغيرِ بَيِّنةٍ . وإن قال : دَفَعْتُها إلى فلانٍ بأمْرِكَ . فأنْكَرَ مالِكُها الإذنَ فى دَفْعِها ، فالقولُ قولُ المُودَعِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ ابنِ منصورٍ . وهو قولُ ابنِ أبى لَيْلَى . وقال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : القولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإذْنِ ، وله تَضْمِينُه . ولَنا ، أنَّه ادَّعَى دَفْعًا يَبْرَأُ به من الوَديعةِ ، فكان القولُ قولَه ، كما لو ادَّعَى رَدَّها على مالِكِها . ولو اعْتَرفَ المالكُ بالإذْنِ ، ولكنْ قال : لم يَدْفَعْها . فالقولُ قولُ المُسْتَوْدَعِ أيضا ، ثم نَنْظُرُ فى المَدْفوعِ

٢٠٨/٦ظ

= ٦ / ١٢٧ ، ١٢٨ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق فى نفسه ولم يتكلم به ... ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٥ ، ٤٢٥ ، ٤٨١ .

(١٤) فى ب : « التمليك » .

(١٥) فى ب : « لتلفها » .

(١٦) فى ب : « أخرجها لتلفها » .

(١٧-١٧) فى م : « وقال » .

إليه ؛ فإن أقرَّ أنَّه قبَضَه ، وكان الدَّفْعُ فى دَيْنٍ ، فقد برِئَ الكُلُّ ، وإن أنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وقد ذكَرَ أصحابُنا أنَّ الدافِعَ يَضْمَنُ ؛ لكَوْنِه قضَى الدَّيْنَ بغيرِ بيِّنةٍ ، ولا يَجِبُ اليَمينُ على صاحِبِ الوَديعةِ ؛ لأنَّ المُودَعَ مُفرِّطٌ ، لكَوْنِه أذِنَ فى قَضاءٍ يُبرِّئُه من الحَقِّ ولم يَبْرأْ بدَفْعِه ، فكان ضامِنًا ، سَواءٌ صَدَّقَه أو كَذَّبَه . وإن أمَرَه بدَفْعِه وَدِيعةً ، لم يَحْتَجْ إلى بَيِّنةٍ ؛ لأنَّ المُودَعَ يُقْبَلُ قولُه فى التَّلَفِ والرَّدِّ ، فلا فائدةَ فى الإِشْهادِ عليه . فعلى هذا يَحْلِفُ المُودَعُ ، ويَبْرأُ ، ويَحْلِفُ الآخرُ ويَبْرَأُ أيضا ، ويكونُ ذَهابُها من مَالِكِها .

فصل : وإذا أُودِعَ بَهِيمةً ، فأمَرَه صاحِبُها بعَلْفِها وسَقْيِها ، لَزِمَه ذلك لوجهين ؛ أحدهما ، لحُرْمةِ صاحِبِها ؛ لأنَّه أخَذَها منه على ذلك . والثانى ، لحُرْمةِ البَهِيمةِ ، فإنَّ الحيوانَ يَجِبُ إحياؤُه بالعَلْفِ والسَّقْيِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه عَلْفُها ، إلَّا أن يَقْبَلَ ذلك ؛ لأنَّ هذا تَبرُّعٌ منه ، فلا يلزمُه بمُجَرَّدِ أمْرِ صاحِبِها ، كغيرِ الوَديعةِ . وإن أطْلَقَ / ولم يأْمُرْه بعَلْفِها ، لَزِمَه ذلك أيضا . وبهذا قال الشَّافعيُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه ذلك . وبه قال أبو حنيفةَ ؛ لأنَّه استَحْفظَه إيَّاها ، ولم يأْمُرْ بعَلْفِها ، والعَلْفُ على مالِكِها ، فإذا لم يَعْلِفْها كان هو المُفَرِّطَ فى مالِه . ولَنا ، أنَّه لا يجوزُ إتْلافُها ، ولا التَّفريطُ فيها ، فإذا أمَرَه بحِفْظِها تَضَمَّنَ ذلك عَلْفَها وسَقْيَها ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن قَدَرَ المُسْتَوْدَعُ على صاحِبِها أو وَكِيلِه ، طالَبه بالإِنْفاقِ عليها ، أو بردِّها عليه ، أو يَأْذَنَ له فى الإِنفاقِ عليها ليَرْجِعَ به . فإنْ[18] عَجَزَ عن صاحِبِها أو وكيلِه ، رفَع[19] الأمْرَ إلى الحاكِمِ ، فإن وَجَدَ لصاحِبِها مالًا أنْفقَ عليها منه ، وإن لم يَجِدْ مالًا فعَلَ ما يَرَى لصاحِبِها الحَظَّ فيه ، من بَيْعِها ، أو بَيْعِ بعضِها وإنْفاقِه عليها ، أو إجارَتِها ، أو الاسْتِدانةِ على صاحِبِها من بيتِ المالِ ، أو من غيرِه ، ويَدْفَعُ ذلك إلى المُودَعِ إن رأى[20] ذلك ليُنْفِقَه عليها ، وإن رأى دَفْعَه إلى غيرِه ليتولَّى الإِنفاقَ عليها ، جازَ . وإن اسْتَدانَ من المُودَعِ ، جاز أن يَدْفَعَه إليه ليتولَّى الإِنفاقَ عليها ؛ لأنَّه أمِينٌ عليها . ويجوزُ أن يَأْذَنَ له الحاكمُ فى أن يُنْفِقَ عليها من مالِه ،

٢٠٩/٦ و

---

(١٨) فى م : « فإذا » .

(١٩) فى م : « دفع » .

(٢٠) فى م : « أراد » .

ويكونَ قابِضًا لنَفْسِه من نَفْسِه ، ويَكِلُ ذلك إلى اجتهادِه فى قَدْرِ ما يُنْفِقُ ، ويَرْجِعُ به على صاحِبِها ، فإن اختلفا فى قَدْرِ النَّفقةِ ، فالقولُ قولُ المُودَعِ إذا ادَّعَى النفقةَ بالمَعْروفِ ، وإن ادَّعَى أكثرَ من ذلك ، لم يَثْبُتْ له . وإن اختلَفا فى قَدْرِ المُدَّةِ التى أنْفَقَ عليها[٢١] ، فالقولُ قولُ صاحِبِها ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ ذلك . فإن لم يَقْدِرْ على الحاكمِ ، فأنْفَقَ عليها مُحْتَسِبًا بالرُّجوعِ على صاحِبِها ، وأشْهَدَ على الرُّجوعِ ، رَجَعَ بما أنْفَقَ ، رِوايةً واحدةً ؛ لأنَّه مأذُونٌ فيه عُرْفًا ، ولا تَفْرِيطَ منه إذا لم يَجِدْ حاكمًا . وإن فَعَلَ ذلك مع إمكانِ اسْتِئْذانِ الحاكمِ من غيرِ إذْنِه ، فهل له الرجوعُ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْنِ . نصَّ عليهما فيما إذا أنْفَقَ على البَهيمةِ المَرْهونةِ من / غيرِ إذْنِ الراهِنِ ، وفى الضامِنِ إذا ضَمِنَ وأدَّى[٢٢] بغيرِ إذْنِ المَضْمونِ عنه ، هل يَرْجِعُ به ؟ على رِوايتَيْن ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ به[٢٣] ؛ لأنَّه مأذونٌ فيه عُرْفًا . والثانية ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ بتَرْكِ اسْتِئْذانِ الحاكمِ . وإن أنْفَقَ من غيرِ إشْهادٍ ، مع العَجْزِ عن اسْتئذانِ الحاكمِ ، أو مع إمْكانِه ، ففى الرُّجوعِ وَجْهان أيضا كذلك . ومتى عَلَفَ البهيمةَ أو سَقَاها فى دارِه ، أو غيرِها ، بنَفْسِه ، أو أمَرَ غُلامَه أو صاحِبَه ، ففعَلَ ذلك ، كما يَفعلُ فى بهائِمِه ، على ما جَرَتْ به العادةُ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ هذا مأذونٌ فيه عُرْفًا ، لجَريانِ العادةِ به ، فأشْبَهَ المُصَرَّحَ به .

٦/٢٠٩و

فصل : وإن أوْدَعَهُ البهيمةَ ، وقال : لا تَعْلِفْها ، ولا تَسْقِها . لم يَجُزْ له تَرْكُ عَلْفِها ؛ لأنَّ للحَيَوانِ حُرمةً فى نَفْسِه يجبُ إحياؤُه لِحَقِّ اللهِ تعالى . فإن عَلَفَها وسَقَاها ، كان كالقِسْمِ الذى قبلَه ، وإن تَرَكها حتى تَلِفتْ ، لم يَضْمَنْها . وهذا قولُ عامَّةِ أصْحابِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : يَضْمَنُ ؛ لأنَّه تَعدَّى بتَرْكِ عَلْفِها ، أشْبَهَ ما[٢٤] إذا لم يَنْهَهُ . وهذا قولُ ابنِ المُنْذِرِ ؛ لنَهْىِ رسولِ اللهِ ﷺ عن إضاعةِ المالِ[٢٥] . فيَصِيرُ أمْرُ مالِكِها وسُكوتُه سَواءً . ولَنا ، أنَّه مُمْتَثِلٌ لأمرِ[٢٦] صاحِبِها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو قال : اقْتُلْها

---

(٢١) فى م : « فيها » .

(٢٢) فى م : « وأذن » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥١٦ .

(٢٦) فى حاشية الأصل ، ا ، ب : « لقول » .

فقتَلها ، وكما لو قال : لا تُخْرِجِ الوَديعةَ ، وإن خِفْتَ عليها . فخافَ عليها ولم يُخْرِجْها ، أو أمَرَه صاحِبُها بإلْقائِها فى نارٍ أو بحرٍ . وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذكَرُوه . ومَنَع ابنُ المُنْذِرِ الحُكْمَ فيما إذا أمَرَه بإتْلافِها فأتْلَفَها[27] ؛ لما تقدَّمَ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه ثابتٌ لصاحِبِها ، فلم يَغْرَمْ له شيئًا ، كما لو اسْتنابَه فى مُباحٍ ، والتَّحْرِيمُ أثَرُه فى بقاءِ حَقِّ اللهِ تعالى ، وهو التَّأْثيمُ ، أمَّا حَقُّ الآدَمِىِّ فلا يَبْقَى مع إذْنِه فى تَفْويتِه ، ولأنَّها لم تَتْلَفْ بفِعْلِه ، وإنَّما تَلِفَتْ بتَرْكِ العَلْفِ المأذونِ فيه ، أشْبَهَ ما لو قال له : لا تُخْرِجْها إذا[28] خِفْتَ عليها . / فلم يُخْرِجْها .

٦/٢١٠و

١٠٧٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَ فِى يَدِهِ وَدِيعَةٌ ، فَادَّعَاهَا نَفْسَانِ ، فَقَالَ : أوْدَعَنِى أحَدُهُمَا ، وَلَا أعْرِفُهُ عَيْنًا . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ حَلَفَ أنَّها لَهُ ، وسُلِّمتْ إلَيْه)

وجُمْلتُه أنَّ مَن كانت عندَه وَدِيعةٌ ، فادَّعاها نفْسانِ ، فأقَرَّ بها لأحَدِهِما ، سُلِّمَتْ إليه ؛ لأنَّ يَدَه دَلِيلُ[1] مِلْكِه ، ولو ادَّعاها لِنَفْسِه ، كان القولُ قولَه . فإذا أقَرَّ بها لغيرِه ، وَجَبَ أن يُقْبَلَ ، ويَلْزَمُه أن يَحْلِفَ للآخَرِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِحَقِّه ، فإن حَلَفَ بَرِئَ ، وإن نَكَلَ لَزِمَه أن يَغْرَمَ له قِيمَتَها ؛ لأنَّه فوَّتَها عليه . وكذلك لو أقَرَّ للثانى بها بعدَ أن أقَرَّ بها للأوَّلِ ، سُلِّمتْ إلى الأوَّلِ ؛ لأنَّه استَحقَّها بإقْرارِه ، وغَرِمَ قِيمَتَها للثانى . نَصَّ على هذا أحمدُ . وإن أقَرَّ بها لهما جَمِيعًا ، فهى بينهما ، ويَلْزَمُه اليَمِينُ لكلِّ واحِدٍ منهما فى نِصْفِها . وإن قال : هى لأحَدِهِما لا أعْرِفُه عَيْنًا . فاعْتَرَفا له بجَهْلِه ، تَعَيَّنَ المُسْتَحِقُّ لها ، فلا يَمِينَ عليه . وإن ادَّعَيا مَعْرِفَتَه ، فعليه يَمِينٌ واحدةٌ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك . وقال أبو حنيفةَ : يَحْلِفُ يَمِينَيْنِ ، كما لو أنْكَرَ أنَّها لهما . ولَنا ، أنَّ الذى يُدَّعَى عليه أمْرٌ واحدٌ ،

---

(٢٧) فى الأصل ، م : « وأتلفها » .

(٢٨) فى ب : « وإن » .

(١) فى ب زيادة : « على » .

وهو العِلْمُ بعَيْنِ المالكِ ، فكَفَاه يمينٌ واحدةٌ ، كما لو ادَّعَياها فأقرَّ بها لأحَدِهما ، ويُفارِقُ ما إذا أنْكرَهَا[٢] ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَدَّعِي عليه أنَّها له ، فهما دَعْوَيانِ ، فإن حَلَفَ أُقْرِعَ بينهما ، فمن قَرَعَ صاحِبَه حَلَفَ ، وسُلِّمَتْ إليه . وقال الشَّافعيُّ : يَتحالفانِ ، ويُوقَفُ الشيءُ بينهما حتى يَصْطَلِحَا . وهو قولُ ابنِ أبي لَيْلَى ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ المالِكَ منهما . وللشَّافِعِيِّ قولٌ آخرُ ، أنَّها تُقْسَمُ بينهما ، كما لو أقَرَّ بها لهما . وهذا[٣] الذى حَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن ابنِ أبي لَيْلَى ، وهو قولُ أبي حنيفةَ وصاحِبَيْه فيما حُكِيَ عنهم ، قالوا : ويَضْمَنُ المُسْتَوْدَعُ نِصْفَها / لكلِّ واحِدٍ منهما ؛ لأنَّه فوَّتَ ما استُودِعَ بجَهْلِه . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فى الحَقِّ فيما [٤]ليس بأَيْدِيهما[٤] ، فوَجَبَ أن يُقْرَعَ بينهما ، كالعَبْدَيْنِ إذا أعْتَقَهُما فى مَرَضِه فلم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا أحَدُهما ، أو كما لو أرادَ السَّفَرَ بإحْدَى نِسائِه . وقولُ أبي حنيفةَ ليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّ العَيْنَ لم تَتْلَفْ ، ولو تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ منه فلا ضَمانَ عليه ، وليس فى جَهْلِه تَفْرِيطٌ ، إذ ليس فى وُسْعِه أن لا يَنْسَى ولا يَجْهَلَ .

٦/٢١٠ظ

١٠٧٤ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أُودِعَ شَيْئًا ، فَأَخَذَ بَعْضَهُ ، ثُمَّ رَدَّهُ أو مِثْلَهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ ، لَزِمَهُ مِقْدَارُ ما أخَذَ**)

وجملتُه أنَّ مَن أُودِعَ شيئًا ، فأخذَ بعضَه ، لَزِمَه ضَمانُ ما أخَذ ، فإن رَدَّه أو مثلَه ، لم يَزُلِ الضَّمانُ عنه . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وقال مالكٌ : لا ضَمانَ عليه إذا رَدَّه أو مثلَه . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : إن لم يُنْفِقْ ما أخذَه ، ورَدَّه[١] ، لم يَضْمَنْ ، وإن أنْفقَه ثم رَدَّه أو مثلَه ضَمِنَ . ولَنا ، أنَّ الضَّمانَ تعلَّق بذِمَّتِه بالأخْذِ ، بدليلِ أنَّه لو تَلِفَ فى يدِه قبلَ رَدِّه ضَمِنَه ، فلا يزُولُ إلَّا برَدِّه إلى صاحبِه كالمَغْصُوبِ . فأمَّا سائرُ الوديعةِ ، فيُنْظَرُ فيه ؛ فإنْ كان فى كِيسٍ مَخْتومٍ أو مَشْدودٍ ، فكَسَرَ الخَتْمَ أو حَلَّ الشَّدَّ ، ضَمِنَ ، سَواءٌ

---

(٢) فى ا ، م : « أنكرهما » .

(٣) فى ب : « وهو » .

(٤ – ٤) فى ب : « بينهما » .

(١) فى ا ، ب : « ورد » .

أُخْرِجَ منه أو لم يُخْرَجْ ؛ لأنَّه هَتَكَ الحِرْزَ بِفِعْلٍ تَعَدَّى به . وإن خَرَقَ الكِيسَ فوقَ الشَّدِّ ، فعليه ضَمانُ ما خَرَقَ خاصَّةً ؛ لأنَّه ما هَتَكَ الحِرْزَ . وإن لم تكُنِ الدَّراهِمُ فى كِيسٍ ، أو كانت فى كيسٍ غيرِ مَشْدودٍ ، أو كانت ثِيابًا فأَخذَ منها واحدًا ثم رَدَّه بعَيْنِه ، لم يَضْمَنْ غيرَه ؛ لأنَّه لم يتعَدَّ فى غيرِه . وإن رَدَّ بَدَلَه وكان مُتَميِّزًا ، لم يضْمَنْ غيرَه لذلك ، وإن لم يكُنْ مُتَميِّزًا ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ههُنا أنَّه لا يَضْمَنُ غيرَه ؛ لأنَّ التَّعدِّىَ اخْتصَّ به ، فَيخْتَصُّ / الضَّمانُ به ، وخَلْطُ المَرْدُودِ بغيرِه لا يقْتَضِى الضَّمانَ ؛ لأنَّه يجِبُ رَدُّه معها ، فلم يُفَوِّتْ على نَفْسِه إمكانَ رَدِّها[٢] ، بخلافِ ما إذا خَلَطَه بغيرِه . ولو أَذِنَ له صاحبُ الوَدِيعَةِ فى الأخْذِ منها ، ولم يَأْمُرْه برَدِّ بَدَلِه ، فأَخَذَ ثم رَدَّ بَدَلَ ما أخذَ ، فهو كرَدِّ بَدَلِ ما لم يُؤْذَنْ فى أخْذِه . وقال القاضى : يَضْمَنُ الكلَّ . وهو قولُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه خَلَطَ الوَدِيعةَ بما لا يَتَميَّزُ منها ، فضَمِنَ الكُلَّ ، كما لو خَلَطَها بغيرِ البَدَلِ . وقد ذَكَرْنا فَرْقًا بين البَدَلِ وغيرِه ، فلا يصِحُّ القياسُ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كَسَرَ خَتْمَ الكيسِ ، لم يَلْزَمْه ضَمانُ الوديعةِ ؛ لأنَّه لم يَتَعَدَّ فى غيرِه . ولَنا ، أنَّه هَتَكَ حِرْزَها ، فضَمِنَها إذا تَلِفَتْ ، كما لو أَوْدَعه إيَّاها فى صُنْدوقٍ مُقْفَلٍ[٣] ، ففَتَحه وتركَه مفتوحًا . ولا نُسَلِّمُ أنَّه لم يتعدَّ فى غيرِ الخَتْمِ .

٢١١/٦و

فصل : وإذا ضَمِنَ الوديعةَ بالاستعمالِ أو بالجَحْدِ ، ثم رَدَّها إلى صاحِبِها ، زالَ عنه الضَّمانُ ، فإن رَدَّها صاحبُها إليه ، كان ابتداءَ اسْتِئمانٍ ، وإن لم يَرُدَّها إليه ، ولكنْ جَدَّدَ له الاسْتِئْمانَ ، أو أَبْرَأَه من الضَّمانِ ، بَرِئَ من الضَّمانِ ، فى ظاهِرِ المذهبِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ حَقُّه ، فإذا أَبْرَأَه منه بَرِئَ ، كما لو أَبْرأَه من دَيْنٍ فى ذِمَّتِه . وإذا جَدَّدَ له[٤] اسْتِئْمانًا ، فقد انْتَهَى القبضُ المضْمونُ به ، فزال الضَّمانُ . وقد قال أصحابُنا : إذا رَهَنَ المَغْصوبَ عندَ الغاصبِ ، أو أَوْدَعَه عندَه ، زال عنه ضَمانُ الغَصْبِ ، فهٰهُنا أَوْلَى .

---

(٢) فى ب : « الرد » .

(٣) فى ب : « بقفل » .

(٤) سقط من : ب .

فصل : ولو تَعَدَّى فلَبِسَ الثوبَ ، أو رَكِبَ[٥] الدَّابَّةَ ، أو أخذَ الوَدِيعةَ ليستعمِلَها ، أو ليَخُونَ[٦] فيها ، ثم ردَّها إلى مَوْضعِها بنيَّةِ الأمانةِ ، لم يَبْـرأْ من الضَّمـانِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يبرأُ ؛ لأنَّه مُمْسِكٌ لها بإذْنِ مالكِها ، فأشْبَهَ ما قبلَ التَّعدِّى . ولَنا ، / أنَّه ضَمِنَها بعُدْوانٍ ، فبَطَلَ الاسْتِئْمانُ ، كما لو جَحَدَها ثم أقَرَّ بها ، وبهذا[٧] يَبْطُلُ ما ذكَرُوه[٨] . ٦/٢١١ظ

فصل : ولا يَصِحُّ الإيداعُ إلَّا من جائزِ التَّصرُّفِ ، فإن أوْدَعَ طِفْلٌ أو مَعْتُوهٌ إنسانًا وَدِيعةً ، ضَمِنَها بقَبْضِها ، ولا يزولُ الضَّمانُ عنه بردِّها إليه ، وإنَّما يزولُ بدَفْعِها إلى وَلِيِّه النَّاظِرِ له فى مالِه ، أو الحاكمِ . فإن كان الصَّبِىُّ مُمَيِّزًا ، صَحَّ إيداعُه لما أُذِنَ له فى التصرُّفِ فيه ؛ لأنَّه كالبالغِ بالنسبةِ إلى ذلك . فإن أوْدَعَ رجلٌ عند صَبِىٍّ أو مَعْتُوهٍ وديعةً ، فتَلِفَتْ ، لم يَضْمَنْها ، سَواءٌ حَفِظَها أو فَرَّطَ فى حِفْظِها . فإن أتْلَفَها ، أو أكَلَها ، ضَمِنَها فى قولِ القاضى وظاهرِ مَذْهبِ الشَّافعىِّ . ومن أصْحابِنا مَن قال : لا ضَمانَ عليه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه سَلَّطَهُ على إتْلافِها بدَفْعِها إليه ، فلا يَلْزَمُه ضَمانُها[٩] ، ألا تَرَى أنَّه لو دَفَعَ إلى صغيرٍ سِكِّينًـا ، فوقَـعَ عليها ، كان ضَمانُـه على عاقِلَتِه ؟ ولَنا ، أنَّ ما ضَمِنَه[١٠] بإتْلافِه قبلَ الإيداعِ ، ضَمِنَه بعدَ الإيداعِ ، كالبالغِ . ولا يصِحُّ قولُهم : إنَّه سَلَّطه على إتلافِها . وإنما استَحْفَظه إيَّاها ، وفارَقَ دَفْعَ السِّكِّينِ ، فإنَّه سَبَبٌ للإتْلافِ[١١] ، ودَفْعُ الوديعةِ بخِلافِه .

فصل : وإن أُوْدَعَ عبدًا وَديعةً ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْنِ فى الصَّغِيرِ ، إن قُلْنا : لا

---

(٥) فى الأصل ، ا ، م : « وركب » .
(٦) فى ا ، م : « ليخزن » .
(٧) فى ا : « وهذا » .
(٨) فى م : « ذكرناه » .
(٩) سقط من : الأصل ، ب ، وفى ا : « الضمان » .
(١٠) فى الأصل ، ا : « ضمن » .
(١١) فى ب : « الإتلاف » .

يَضْمَنُ الصَّبِىُّ . فأتْلَفَها العَبْدُ ، كانت فى ذِمَّتِه . وإن قُلْنا : يَضْمَنُ . كانت فى رَقَبتِه .

فصل : وإن غُصِبَتِ الوَدِيعةُ من المُودَعِ قَهْرًا ، فلا ضَمانَ عليه ، سواءٌ أُخِذَتْ من يدِه ، أو أُكْرِهَ على تَسْلِيمِها فسَلَّمها بنَفْسِه ؛ لأنَّ الإِكْراهَ عُذْرٌ له[12] ، يُبِيحُ[13] دَفْعَها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو أُخِذَتْ من يَدِه قَهْرًا .

(١٢) فى م : « لها » .

(١٣) فى م زيادة : « له » .

باب قِسْمَةِ الفَيْءِ والغَنِيمَةِ والصَّدَقةِ

الفَيْءُ : هو الرَّاجعُ إلى المسلمينَ من مالِ الكُفَّارِ بغيرِ قِتالٍ . يقال : فاءَ الفيءُ ./ إذا رَجَعَ نحو المَشْرِقِ . والغنيمةُ : ما أُخِذَ منهم قَهْرًا بالقِتالِ . واشْتِقاقُها من الغُنْمِ ، وهو الفائدةُ . وكلُّ واحدٍ منهما [1] في الحقيقةِ [1] فَيْءٌ وغَنِيمةٌ ، وإنما خُصَّ كلُّ واحدٍ منهما باسْمٍ مُيِّزَ به عن الآخرِ ، والأَصلُ فيهما قولُ الله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ ﴾ الآية[2] ، وقوله سُبْحانه : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ الآية[3] .

٢١٢/٦ و

١٠٧٥ – مسألة ؛ قال : (والأَمْوالُ ثَلاثَةٌ ؛ فَيْءٌ ، وغَنِيمَةٌ ، وصَدَقَةٌ)

يعني – واللهُ أعلم – أن[1] الأموالَ التى تَلِيهَا الوُلَاةُ من أمْوالِ المسلمينَ ، فإنَّها ثلاثةُ أقسامٍ ؛ قِسْمانِ يُؤْخَذانِ من مالِ المُشْرِكِينَ ، أحدُهما الفيءُ : وهو ما أُخِذَ من مالِ مُشْرِكٍ لم يُوجَفْ عليه بِخَيْلٍ ولا رِكَابٍ ، كالذى تَرَكُوه فزَعًا من المُسْلِمينَ وهَرَبُوا ، والجِزْيةُ وعُشْرُ أَمْوالِ أهلِ دارِ[2] الحَرْبِ إذا دَخَلُوا إلينا تُجَّارًا ، ونِصْفُ عُشْرِ تِجاراتِ أهْلِ الذِّمَّةِ ، وخَراجُ الأَرَضِينَ ، ومالُ مَنْ ماتَ من المُشْرِكِينَ ولا وَارِثَ له . والغَنِيمةُ : ما أُخِذَ بالقَهْرِ والقِتالِ من الكُفَّارِ . والقسمُ الثالثُ ؛ الصَّدَقةُ : وهو ما أُخِذَ من مالِ

(١ – ١) سقط من : ب .

(٢) سورة الحشر ٧ .

(٣) سورة الأنفال ٤١ .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) سقط من : ب .

مُسْلِمٍ تَطْهِيرًا له ، وهو الزكاةُ ، وقد ذكَرْناها . يُرْوَى أن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قرأ قولَه تعالى : ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَٱلْمَسَاكِينِ﴾ حتى بَلَغَ : ﴿عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[3] . ثم قال : هذه لهؤلاءِ. ثم قرَأ : ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ حتى بلَغ : ﴿وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾[4] . ثم قال : هذه لهؤلاءِ . ثم قرأ : ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ حتى بَلَغَ : ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾[5] . ثم قال : هذه استَوْعَبَتِ المسلمينَ عامَّةً ، ولئِنْ عِشْتُ لَيأْتِيَنَّ الرَّاعِىَ وهو بسَرْوِ حِمْيَرَ[6] نَصِيبُه منها ، لم يَعْرَقْ فيها[7] جَبِينُه[8] .

فصل : ولم تكُنِ الغنائمُ تَحِلُّ لِمَنْ مَضَى من الأُمَمِ وإنَّما عَلِمَ اللهُ تعالى ضَعْفَنا ، فطَيَّبها لنا ، رَحمةً لنا ، ورأفةً بِنا ، وكرامةً لِنَبِيِّنا ﷺ . رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنه قال : «أُعْطِيتُ خَمْسًا لَمْ يُعْطَهُنَّ / نَبِىٌّ قَبْلِى» . فذَكَرَ فيها : «أُحِلَّتْ لِىَ الْغَنَائِمُ» . [9] متفقٌ عليه[9] . وقال سعيدٌ[10] : حدَّثنا أبو معاويةَ ، عن الأعْمَشِ ، عن أبى صالحٍ ، عن أبى

٦/٢١٢ظ

---

(٣) سورة التوبة ٦٠ .

(٤) سورة الأنفال ٤١ .

(٥) سورة الحشر ٧ - ١٠ .

(٦) السرو من الجبل : ما ارتفع عن مجرى السيل ، وانحدر عن غلظ الجبل ، ومنه سرو حمير لمنازلهم بأرض اليمن ، وهو عدة مواضع . انظر : معجم البلدان ٣ / ٨٩ .

(٧) فى ا، م : « به » . وفى سنن البيهقى : « فيه » .

(٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول أمير المؤمنين عمر ... ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٥٢ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

وتقدم تخريج الحديث فى : ١ / ١٣ .

وقوله ﷺ : « أحلت لى الغنائم » مفردا ، أخرجه البخارى ، فى : باب قول النبى ﷺ : أحلت لكم الغنائم ، من كتاب الخمس . صحيح البخارى ٤ / ١٠٤ .

(١٠) فى : باب جامع الشهادة ، سنن سعيد بن منصور ٢ / ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب سورة الأنفال الآية ٦٧ ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١١ / ٢٢١ ، ٢٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٢ .

هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَمْ تَحِلَّ الْغَنَائِمُ لِقَوْمٍ سُودِ الرُّءُوسِ غَيْرِكُمْ ، كَانَتْ تَنْزِلُ نَارٌ مِنَ السَّمَاءِ تَأْكُلُها »[11] ثم كانت فى أوَّلِ الإسْلامِ لِرسولِ الله ﷺ ، بدليلِ قولِ الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ فَٱتَّقُوا ٱللَّهَ ﴾[12] . ثم صار أربعةُ أخماسِها للغانِمينَ ، والخُمُسُ لغيرِهم ، بدليلِ قولِه تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ . فأضافَ الغَنيمةَ إليهم ، وجَعَلَ الخُمُسَ لغيرِهم ، فيدُلُّ ذلك[13] على أنَّ سائِرَها لهم ، وجَرَى ذلك مَجْرَى قولِه تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[14] . أضافَ مِيراثَه إليهما ، ثم جَعَلَ للأُمِّ منه الثُّلُثَ ، فدَلَّ على أنَّ الباقيَ للأبِ . وقال تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا ﴾[15] . فأحَلَّها لهم .

١٠٧٦ – مسألة ؛ قال : (فَالْفَيْءُ مَا أُخِذَ مِنْ مَالِ مُشْرِكٍ[1] ، وَلَمْ يُوجَفْ عَلَيْهِ بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ . وَالْغَنِيمَةُ مَا أُوجِفَ عَلَيْهِ[2])

الرِّكابُ : الإبِلُ خاصَّةً . والإيجافُ أصْلُه التَّحْرِيكُ ، والمرادُ[3] هٰهُنا الحَرَكَةُ فى السَّيْرِ إليه . قال قَتادةُ : ﴿ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ﴾[4] ما قَطَعْتُم وادِيًا ، ولا سَيَّرْتُم إليها دَابَّةً ، إنَّما كانت حَوائِطَ بَنِى النَّضيرِ ، أطْعَمَها اللهُ رسولَ الله ﷺ . قال

---

(١١) فى ا ، م : « فتأكلها » . وجاء بعد ذلك فى الأصل ، ا ، ب زيادة : « متفق عليه » . وهو ما سبق سقوطه من هذه النسخ بعد الحديث السابق .

(١٢) سورة الأنفال ١ .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سورة النساء ١١ .

(١٥) سورة الأنفال ٦٩ .

(١) فى م زيادة : « بحال » .

(٢) فى م : « عليها » .

(٣) فى ب زيادة : « به » .

(٤) سورة الحشر ٦ .

أبو عُبَيْدٍ : الإيجافُ، الإيضاعُ. يعني الإسْراعَ . وقال الزَّجّاجُ: الْوَجِيفُ دون التَّقْرِيبِ من السَّيْرِ . يقال: وَجَفَ الفَرَسُ، وأَوْجَفْتُه[5] أنا . قال الله تعالى: ﴿ وَمَا أَفَاءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ ﴾ فكلُّ ما أُخِذَ من مالِ مُشْرِكٍ بغيرِ إيجافٍ ، مثل الأَمْوالِ التى يَتْرُكونَها فَزَعًا من المسلمينَ ، ونحو ذلك ، فهو فَيْءٌ . وما أَجْلَبَ عليه المسلمونَ ، وسارُوا إليه ، وقاتَلُوا[6] عليه ، فهو / غَنِيمةٌ ، سَواءٌ أُخِذَ عَنْوَةً ، أو اسْتَنْزَلُوا أهلَه بأمانٍ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ افتَتَحَ حُصُونَ خَيْبَر بعضَها عَنْوَةً ، وبعضَها اسْتنزَلَ أهلَه بالأمانِ ، فكانت غَنِيمةً كلَّها[7] .

٢١٣/٦و

١٠٧٧ – مسألة ؛ قال : (فخُمسُ الْفَيْءِ والْغَنِيمَةِ مَقْسُومٌ عَلَى خَمْسَةِ أسْهُمٍ)

فى هذه المسألة فصولٌ أربعةٌ :

أحدُها : أنَّ الفيءَ مَخْمُوسٌ ، كما تُخَمَّسُ الغَنِيمةُ ، فى إحدى الرِّوايتَيْنِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . والرواية الثانية ، لا يُخَمَّسُ . نقَلَها أبو طالبٍ ، فقال : إنَّما تُخَمَّسُ الغنيمةُ . قال القاضى : لم أجِدْ ممَّا قال الْخِرَقِىُّ من أنَّ الفَيْءَ مَخْمُوسٌ نصًّا فأَحْكِيه[1] ، وإنَّما نَصَّ على[2] أنَّه غيرُ مَخْمُوسٍ . وهذا قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : ولا يُحْفَظُ عن أحدٍ قبلَ الشافعىِّ فى الفيءِ خُمْسٌ ، كَخُمْسِ الغنيمةِ . وأخبارُ عمرَ تَدُلُّ على[1] ما قالَه الشافعىُّ ، ولأنَّ الله تعالى قال : ﴿ مَّآ أَفَاءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ ﴾ . الآية[3] . فجَعله كلَّه لهم ، ولم

---

(١) لعله يقصد خلاف ما قاله الشافعي .

(٥) فى م : « وأوجفت » .

(٦) فى م : « وقاتلوهم » .

(٧) انظر ما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى حكم أرض خيبر ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢ / ١٤٣ . والبيهقى ، فى : باب قسمة ما حصل من الغنيمة ... ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣١٨ .

(١) فى ب : « فأحكمه » .

(٢) فى ب : « عليه » .

(٣) سورة الحشر ٧ – ١٠ .

يَذْكُرْ خُمُسًا. ولمَّا قرأ عمرُ هذه الآيةَ قال : هٰذه اسْتَوْعَبَتِ المسلمينَ(٤) . ووَجْهُ الأوَّلِ قولُ الله تعالى : ﴿ مَا أَفَاءَ ٱللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَى وَٱلْيَتَامَى وَٱلْمَسَاكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ . فظاهرُ هذا أنَّ جَمِيعَه لهؤلاءِ ، وهم أهلُ الخُمُسِ ، وجاءت الأخبارُ عن عمرَ دَالَّةً على اشْتِراكِ جميعِ المسلمينَ فيه ، فوَجَبَ الجَمْعُ بينهما ، كيلا تَتَناقَضَ الآيةُ والأخبارُ وتَتعارَضَ ، وفى إيجابِ الخُمُسِ فيه جمعٌ بينهما وتَوْفِيقٌ ، فإنَّ خُمُسَه للذى سُمِّىَ فى الآية ، وسائِرَه يَنْصَرِفُ إلى مَنْ فى الخَبَرِ ، كالغنيمةِ . ولأنَّه مالٌ مُشْتَرَكٌ مَظْهُورٌ عليه ، فوَجَبَ أن يُخَمَّسَ ، كالغنيمةِ والرِّكَازِ . ورَوَى البَرَاءُ بنُ عَازِبٍ ، قال : لَقِيتُ خالِى ومعه الرَّايةُ ، فقُلْتُ : إلى أين ؟ فقال : بَعَثَنِى رسولُ الله ﷺ إلى رَجُلٍ عَرَّسَ بامْرأةِ أبِيه ، أن أضْرِبَ / عُنُقَه ، وأُخَمِّسَ مالَه(٥) .

٢١٣/٦ظ

الفصل الثانى : أنَّ الغنيمةَ مَخْموسةٌ ، ولا اخْتِلافَ(٦) فى هذا بين أهلِ العلمِ بحَمْدِ الله . وقد نَطَقَ به الكتابُ العزيزُ ، فقال اللهُ تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾(٧) . لكن اخْتُلِفَ فى أشياءَ ؛ منها سَلَبُ القاتِلِ ، وأكثرُ أهلِ العِلْمِ على أنَّه لا يُخَمَّسُ ؛ فإنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : كُنَّا لا نُخَمِّسُ السَّلَبَ(٨) . وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ »(٩) . يقْتَضِى أنَّه له كلُّه ، ولو خُمِّسَ لم يكُنْ جميعُه

---

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٨٢ .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يزنى بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٦٧ . والترمذى ، فى : باب فى من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١١٧ . وابن ماجه ، فى : باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٩ .

(٦) فى ب : « خلاف » .

(٧) سورة الأنفال ٤١ .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب السلب والمبارزة ، من كتاب الجهاد . المصنف ٥ / ٢٣٣ .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب من لم يخمس الأسلاب ... ، من كتاب الخمس ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ ويوم حنين إذ أعجبتكم كثرتكم ... ﴾. من كتاب المغازى. صحيح البخارى ٤ / ١١٢ ، ٥ / ١٩٦ .=

له . وعن أبى قتادةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ نَفلَه سَلَبَ رَجُلٍ قتله يومَ حُنَيْنٍ ، ولم يُخَمِّسْ . رواه سعيدٌ، فى « سُنَنِه »[10] . ومنها، إذا قال الإمامُ: مَنْ جاء بعشرةِ رُؤُوسٍ فلَه رأسٌ، ومن طَلَعَ الحِصْنَ فله كذا من النَّفَلِ . فالظاهرُ أنَّ هذا غيرُ مَخْمُوسٍ ؛ لأنَّه فى معنى السَّلَبِ . ومنها ، إذا قال الإمامُ : مَنْ أخذ شيئًا فهو له . وقُلْنَا : يجوزُ ذلك . فقد قِيلَ : لا خُمْسَ فيه ؛ لأنَّه فى معنى الذى قبلَه . والصحيحُ أنَّ الخُمْسَ لا يَسْقُطُ ؛ لأنَّه يَدْخُلُ فى عُمومِ الآية ، ولا يدخلُ فى معنى السَّلَبِ والنَّفَلِ ؛ لأنَّ تَرْكَ تَخْمِيسِهِما لا يُسْقِطُ خُمْسَ الغنيمةِ بالكُلِّيةِ ، وهذا يُسْقِطُه ، فلا يكون تَخْصِيصًا بل نَسْخًا لحُكْمِها ، ونَسْخُها بالقياسِ غيرُ جائزٍ اتِّفاقًا . ومنها ؛ إذا دخل قومٌ لا مَنَعةَ لهم دارَ الحربِ بغيرِ إذنِ الإمامِ ، فقد قيل : إنَّ ما غَنِمُوه[11] لهم من غيرِ أن يُخَمَّسَ . والصحيحُ أنَّه يُخَمَّسُ ، ويُدْفَعُ إليهم أربعةُ أخماسِه ؛ لدُخولِه فى عُمومِ الآية ، وعدمِ دليلٍ يُوجِبُ تَخْصِيصَه .

الفصل الثالث : أنَّ الخُمْسَ ممَّا يَجِبُ خُمْسُه من الفَيْءِ والغنيمةِ شيءٌ واحدٌ ، فى مَصْرِفِهما ، وحُكْمِهما ، ولا اخْتلافَ فى هذا بين القائلينَ [12]بوُجُوبِ الخُمْسِ[12] فيهما ، فإنَّ القائلَ بوُجوبِ الخُمْسِ فى الفَيْءِ غيرَ مَن قالَه من أصحابِنا الشافعىُّ ، وقد وافقَ على هذا ، فإنَّه قال[13] : الفىءُ والغنيمةُ يجتمعانِ فى أنَّ فيهما الخُمْسَ لِمَن سَمَّاهُ اللهُ تعالى : يَعْنِى فى سورةِ / الأنْفالِ ، فى قولِه سبحانه وتعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ . الآية ، وفى سورةِ الحَشْرِ ، فى قوله تعالى : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ

٢١٤/٦و

= ومسلم ، فى : باب استحقاق القاتل سلب القتيل ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٧١ . وأبو داود ، فى : باب السلب يعطى القاتل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢ / ٦٤ ، ٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من قتل قتيلا فله سلبه ، من كتاب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب المبارزة والسلب ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٤٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى السلب ، من كتاب الجهاد ، الموطأ ٢ / ٤٥٤ . والإمام أحمد، فى: المسند ٣ / ١١٤ ، ١٢٣ ، ١٩٠، ٢٧٩، ٥ / ١٢ ، ٢٩٥، ٣٠٦.

(١٠) فى : باب النفل والسلب ، سنن سعيد بن منصور ٢ / ٢٥٩ .

(١١) فى الأصل ، ب : « غنموا » .

(١٢–١٢) فى الأصل ، ا ، ب : « بالخمس » .

(١٣) فى ا ، م زيادة : « فى » .

رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَى ﴾ الآية ، والمُسَمَّوْنَ فى الآيتَيْنِ شىءٌ واحدٌ .

الفصل الرابع : أنَّ الخُمسَ يُقَسَّمُ على[14] خَمْسةِ أَسْهُمٍ . وبهذا قال عَطاءٌ ، ومُجاهِدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادةُ ، وابنُ جُرَيْجٍ ، والشَّافعىُّ . وقيل : يُقَسَّمُ على سِتَّةٍ ؛ سَهْمٌ للهِ تعالى ، وسهمٌ لرَسُولِه ، لظاهرِ قولِه تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ . فعَدَّ سِتَّةً ، وجَعَلَ اللهُ تعالَى لنَفْسِه سَهْمًا سادِسًا ، وهو مَرْدُودٌ على عبادِ اللهِ أهلِ الحاجةِ ، وقال أبو الْعَالِيَةِ : سَهْمُ اللهِ عَزَّ وجلَّ هو أنَّه إذا عَزَلَ الخمسَ ضَرَبَ بيَدِه فيه[15] ، فما قَبَضَ عليه من شىءٍ جَعَلَه للكَعْبةِ ، فهو الذى سُمِّىَ للهِ تعالى لا تَجْعَلُوا له نَصِيبًا ، فإنَّ للهِ الدُّنيا والآخرةَ ، ثم يُقَسِّمُ بَقِيَّةَ السَّهْم الذى عَزَلَه على خَمْسةِ أَسْهُمٍ . ورُوِىَ عن الحَسَنِ ، وقتادةَ ، فى سَهْمِ ذِى القُرْبَى ، كانت طُعْمَةً لِرَسولِ اللهِ ﷺ فى حياتِه ، فلما تُوُفِّىَ حَمَلَ عليه أبو بكرٍ وعمرُ فى سَبِيلِ اللهِ[16] . ورَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، أن أبا بكرٍ وعمرَ قَسَّما الخمسَ على ثلاثةِ أسهمٍ[17] . ونحوُه حُكِىَ[18] عن[15] الحسنِ بن محمدِ بن الحَنَفِيّةِ[19] . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ، قالوا : يُقَسَّمُ الخمسُ على ثلاثةٍ ؛ اليَتامَى ،

---

(١٤) فى م : « إلى » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب سهم ذى القربى من الخمس ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٤٢ ، ٣٤٣ عن الحسن . وعبد الرزاق ، فى : باب ذكر الخمس وسهم ذوى القربى ، من كتاب الجهاد . المصنف ٥ / ٢٣٨ ، ٢٣٩ . عن الحسن والطبرى ، فى : باب تفسير سورة الأنفال ، الآية رقم ٤١ . تفسير الطبرى ١٠ / ٦ ، ٧ . عن الحسن وقتادة .

(١٧) انظر نصب الراية ، فى كتاب السير ٣ / ٤٢٤ . والطبرى ، فى : باب تفسير سورة الأنفال ، الآية رقم ٤١ ، تفسير الطبرى ١٠ / ٧ . عن أبى بكر .

(١٨) فى ا : « يحكى » .

(١٩) الحسن بن محمد بن الحنفية الهاشمى العلوى ، كان من عقلاء بنى هاشم وعلمائهم . توفى سنة إحدى ومائة . وقيل : فى سنة خمس وتسعين . العبر ١ / ١٢٢ .

والمَساكينِ ، وابنِ السبيلِ . وأسْقَطُوا سهمَ رسولِ اللهِ ﷺ بمَوْتِه ، وسهمَ قرابَتِه أيضا . وقال مالكٌ : الفيءُ والخمسُ واحدٌ ، يُجْعَلانِ فى بيتِ المالِ . قال ابنُ القاسِمِ : وبَلَغَنِى عمَّن أثِقُ به ، أنَّ مالكًا قال : يُعْطِى الإمامُ أقْرِباءَ رسولِ اللهِ ﷺ على ما يَرَى . وقال الثَّوْرِيُّ : الخُمْسُ[20] يَضَعُه الإمامُ حيثُ أراهُ اللهُ عزَّ وجَلَّ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَاعْلَمُوٓاْ أَنَّما غَنِمْتُم مِنْ شَىْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ ولِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَى وَٱلْيَتَامَى وَٱلْمَسَاكِينِ / وَابْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ . وسهمُ اللهِ والرسولِ واحدٌ . كذا قال عَطاءٌ ، ٦/٢١٤ظ والشَّعْبِىُّ . وقال الحسنُ بن محمدِ بن الحَنَفِيَّةِ وغيرُه : قولُه : ﴿ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ ﴾ افْتِتاحُ كلامٍ . يَعْنِى أنَّ ذِكْرَ اللهِ تعالى لِافْتِتاحِ الكلامِ باسْمِه[21] ، تَبَرُّكًا به . لا لِإفْرادِه بسَهْمٍ ، فإنَّ للهِ تعالى الدُّنْيا والآخرةَ . وقد رُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عبَّاسٍ ، قالا : كان رسولُ اللهِ ﷺ يُقَسِّمُ الخُمسَ على خَمْسةٍ[22] . وما ذكَرَه أبو الْعاليةِ فشىءٌ لا يَدُلُّ عليه رَأْىٌ ، ولا يَقْتَضِيه قياسٌ ، ولا يُصارُ إليه إلَّا بِنَصٍّ صَحيحٍ يَجِبُ التسليمُ له ، ولا نَعْلَمُ فى ذلك أثرًا صحيحًا ، سِوَى قولِه ، فلا يُتْرَكُ ظاهرُ النصِّ وقولُ رسولِ اللهِ ﷺ وفِعْلُه من أجلِ قولِ أبى العاليةِ . وما قالَه أبو حنيفةَ ، فمُخالِفٌ لظاهِرِ الآيةِ ؛ فإنَّ اللهَ تعالى سَمَّى لِرَسُولِه وقَرابَتِه شيئًا ، وجَعَلَ لهما فى الخُمْسِ حَقًّا ، كما سَمَّى للثَّلاثةِ الأصْنافِ الباقيةِ ، فمَنْ خالَفَ ذلك ، فقد خالفَ نَصَّ الكتابِ . وأمَّا حَمْلُ أبى بكرٍ وعمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، على سَهْمِ ذى القُرْبَى فى سبيلِ اللهِ ، فقد ذُكِرَ لأحمدَ ، فسَكَتَ ، وحَرَّكَ رَأْسَه ، ولم يَذْهَبْ إليه ، ورَأَى أن قولَ ابنِ عباسٍ ومَنْ وافقه أوْلَى ؛ لمُوافقَتِه[23] كتابَ اللهِ تعالى وسُنَّةَ رَسُولِه ﷺ ، فإنَّ ابنَ عبَّاسٍ لمَّا سُئِلَ عن سَهْمِ ذِى القُرْبَى ، قال : إنَّا

---

(٢٠) فى م : « والحسن » .

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٧١ . عن ابن عمر . والبيهقى ، فى : باب بيان مصرف الغنيمة فى ابتداء الإسلام ... ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٢٩٣ . عن ابن عباس .

(٢٣) فى الأصل ، ا ، ب : « لموافقة » .

كُنَّا نَزْعُمُ أنّه[٢٤] لنا ، فأَبَى ذلك علينا قَوْمُنا[٢٥] . ولعله أرادَ [٢٦]بقَوْلِه : أَبَى ذلكَ[٢٦] علينا قَوْمُنا . فِعْلَ أبِي بكرٍ وعمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، في حَمْلِهِما عليه في سبيلِ اللهِ ، ومَنْ تَبِعَهُما على ذلك . ومتى اخْتَلَفَ الصَّحابةُ ، وكان قولُ بعضِهم يُوافِقُ الكِتابَ والسُّنَّةَ ، كان أَوْلَى . وقولُ ابنِ عباسٍ مُوافِقٌ للكتابِ[٢٧] والسُّنَّةِ ؛ فإنَّ جُبَيْرَ بن مُطْعِمٍ رَوَى ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ لم يَقْسِمْ لِبَنِي عبدِ شَمْسٍ ولا لِبَنِي[٢٨] نَوْفَلٍ من الخُمْسِ شيئًا ، كما كان يَقْسِمُ لِبَنِي هاشمٍ ولِبَنِي[٢٩] المُطَّلِبِ . وأنَّ أبا بكرٍ كان يَقْسِمُ الخُمْسَ نحوَ قَسْمِ رسولِ اللهِ ﷺ ، غيرَ أنّه لم يكُنْ / يُعْطِي قُرْبَى رسولِ اللهِ ﷺ ، كما كان يُعْطِيهم ، وكان عمرُ يُعْطِيهِم وعثمانُ من بعدِه . رواه أحمدُ ، في « مُسْنَدِه »[٣٠] . وقد تُكُلِّمَ في رِوايةِ ابنِ عبَّاسٍ عن أبي بكرٍ وعمرَ ، أنهما حَمَلَا على سَهْمِ ذِي القُرْبَى في سبيلِ اللهِ ؛ فقِيلَ : إنه يَرْوِيه محمدُ بن مَرْوانَ ، وهو ضعيفٌ ، عن الكَلْبِيِّ ، وهو ضعيفٌ أيضا ، ولا يَصِحُّ عند أهلِ النَّقْلِ . فإن قالوا : فالنَّبِيُّ ﷺ ليس بِبَاقٍ ، فكيف يَبْقَى سَهْمُه ؟ قلنا : جِهَةُ صَرْفِه إلى النَّبِيِّ ﷺ مَصْلَحةُ المسلمينَ ، والمصالحُ باقِيةٌ ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَا يَحِلُّ لِي مِمَّا أفَاءَ اللهُ عَلَيْكُم وَلَا مِثْلُ هٰذِهِ ، إلَّا الْخُمْسُ ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ » . رواه سعيدٌ[٣١] .

٦/٢١٥و

---

(٢٤) في ا : « أن ذلك » .

(٢٥) أخرجه البيهقي ، في : باب سهم ذي القربى من الخمس ، من كتاب قسم الفيء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٤٥ .

(٢٦-٢٦) في ا ، ب : « بذلك أبي » .

(٢٧) في الأصل ، ب : « الكتاب » .

(٢٨) في الأصل ، م : « بني » .

(٢٩) في الأصل ، ب : « وبني » .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٤ / ١١١ . وانظر المسند فيه .

(٣١) في : باب ما جاء في قسمة الغنائم . سنن سعيد بن منصور ٢ / ٢٧٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢ / ٥٧ . والنسائي ، في : كتاب قسم الفيء . المجتبى ٧ / ١١٩ ، والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الغلول ، من كتاب الجهاد . الموطأ ٢ / ٤٥٨ . والإمام أحمد في : المسند ٤ / ١٢٧ ، ١٢٨ ، ٥ / ٣١٦ ، ٣١٩ ، ٣٢٦ .

١٠٧٨ – مسألة ؛ قال : (وسَهْمٌ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ يُصْرَفُ فِى الْكُرَاعِ والسِّلَاحِ وَمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ)

وهذا قولُ الشَّافعىِّ ، فإنَّه قال : أَخْتارُ أن يَضَعَه الإمامُ فى كلِّ أمرٍ خُصَّ به الإسلامُ وأهلُه ، مِنْ سَدِّ ثَغْرٍ ، وإعدادِ كُرَاعٍ أو سِلَاحٍ ، أو إعْطائِه أهلَ البَلاءِ فى الإسلامِ نَفَلًا عندَ الحَرْبِ وغيرِ الحربِ . وهذا نحو ما قال الْخِرَقِىُّ . وهذا السهمُ كان لِرسولِ الله ﷺ من الغَنِيمةِ ، حَضَرَ أو لم يَحْضُرْ ، كما أنَّ[1] سهامَ[2] بَقِيَّةِ أصْحابِ الخُمْسِ لهم ، حَضَرُوا أو لم يَحْضُرُوا . وكان رسولُ الله ﷺ يَصْنَعُ به ما شاء ، فلما تُوُفِّىَ وَلِيَه أبو بكرٍ ، ولم يَسْقُطْ بمَوْتِه . وقد قيل : إنَّما أضافَه اللهُ تعالى إلى نَفْسِه وإلى رَسُولِه ، لِيُعْلَمَ أنَّ جِهَتَه جهةُ المَصْلحةِ ، وأنَّه ليس بمُخْتَصٍّ بالنَّبِىِّ ﷺ ، فيَسْقُطَ بمَوْتِه . وزَعَمَ قومٌ أنه سَقَطَ[3] بمَوْتِه ، ويُرَدُّ على أنْصِباءِ الباقِينَ من أهلِ الخُمْسِ ؛ لأنَّهم شُرَكاؤُه . وقال آخَرُون : بل يُرَدُّ على الغانِمينَ ؛ لأنَّهم اسْتَحَقُّوها بقِتالِهم ، وخَرَجَتْ منها سِهامٌ منها سهمُ النَّبِىِّ ﷺ مادام حَيًّا ، فإذا مات / وَجَبَ رَدُّه إلى من وُجِدَ سَبَبُ الاسْتِحقاقِ فيه ، كما أنَّ تَرِكَةَ المَيِّتِ إذا خَرَجَ منها سهمٌ بوَصِيَّةٍ ، ثم بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، رُدَّ إلى التَّرِكةِ . وقالت طائفةٌ : هو للخَلِيفةِ بعدَه ؛ لأنَّ أبا بكرٍ رَوَى عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا أَطْعَمَ اللهُ نَبِيًّا طُعْمَةً ، ثُمَّ قَبَضَهُ ، فَهِىَ[4] للذى يقومُ بها مِنْ بعدِه » ، وقد رأيتُ أن أَرُدَّه على المسلمينَ[5] . والصَّحِيحُ أنَّه باقٍ ، وأنَّه يُصْرَفُ فى مَصالحِ المسلمين ، لكنَّ الإمامَ يقومُ مَقامَ النَّبِىِّ ﷺ فى صَرْفِه فيما يَرَى ، فإنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : لا أَدَعُ أَمْرًا

٦/٢١٥ظ

---

(١) فى ا : « كان » .

(٢) فى ا ، م : « سهم » .

(٣) فى ب : « يسقط » .

(٤) فى ب ، م : « فهو » .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢ / ١٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤ .

رأيتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَصْنَعُه فيه إلَّا صَنَعْتُه . مُتَّفَقٌ عليه[6] . ورُوِىَ عن[7] الحسنِ بن محمدِ بن الْحَنَفِيَّةِ ، أنَّه قال : اخْتَلَفُوا فى هٰذَيْنِ السَّهْمَيْنِ – يعنى سَهْمَ الرسولِ ﷺ وسهمَ ذِى القُرْبَى – فأَجْمَعَ رَأْيُهم على أن يَجْعَلُوهما فى الخَيْلِ والعُدَّةِ فى سَبِيلِ اللهِ ، فكانا فى خِلافةِ أبى بكرٍ وعمرَ فى الخَيْلِ والعُدَّةِ فى سبيلِ اللهِ[8] .

فصل : وكان لرسولِ اللهِ ﷺ من المَغْنَمِ الصَّفِىُّ ، وهو شىءٌ يختارُه من المَغْنَمِ قبلَ القِسْمةِ ، كالجارِيةِ والعَبْدِ والثوبِ والسيفِ ونحوِه . وهذا قولُ محمدِ بن سِيرِينَ ، والشَّعْبِىِّ ، وقَتادةَ ، وغيرِهم من أهلِ العِلْمِ . وقال أكْثَرُهم : إنَّ ذلك انْقَطَعَ بمَوْتِ النَّبِىِّ ﷺ . قال أحمدُ : الصَّفِىُّ إنَّما كان للنَّبِىِّ ﷺ خاصًّا[9] ، لم يَبْقَ بعدَه . ولا نعلمُ مُخالِفًا لهذا إلَّا أبا ثَوْرٍ ، فإنَّه قال : إن[7] كان الصَّفِىُّ ثابتًا للنَّبِىِّ ﷺ ، فلِلْإمامِ أن يَأْخُذَه على نحوِ ما كان يأخذُه النَّبِىُّ ﷺ ، ويَجْعَلَه مَجْعَلَ سَهْمِ النبىِّ ﷺ من خُمْسِ الخُمْسِ . فجَمَعَ بين الشكِّ فيه فى حَياةِ النَّبِىِّ ﷺ ، ومُخالفَةِ الإجْماعِ فى إبقائِه بعدَ مَوْتِه . قال ابنُ المنذرِ : لا أعلمُ أحدًا سَبَقَ أبا ثَوْرٍ إلى هذا القَوْلِ . وقد أنْكَرَ قومٌ كَوْنَ الصَّفِىِّ للنَّبِىِّ ﷺ ، واحْتَجُّوا بما رَوَى عمرُو بنُ / شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ رَفَعَ وَبَرةً من ظَهْرِ بعيرٍ[10] ، فقال : « مَا يَحِلُّ لِى مِمَّا أَفَاءَ اللهُ عَلَيْكُمْ وَلَا مِثْلُ هٰذِهِ ، إلَّا الْخُمْسَ ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ » . رواه سعيدٌ[11] . ورَواه أبو داودَ[12] ، بإسنادِه عن

٦/٢١٦و

---

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب قول النبى ﷺ : لا نورث ما تركنا صدقة . من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٥ / ١٧٨ ، ٨ / ١٨٥ . ومسلم ، فى : باب قول النبى ﷺ : ولا نورث ما تركنا فهو صدقة . من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٠ ، ١٣٨١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤ .

(٧) سقط من : ا .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب ذكر الخمس وسهم ذى القربى . من كتاب الجهاد . المصنف ٥ / ٢٣٨ .

(٩) فى م : « خاصة » .

(١٠) فى الأصل ، ا ، م : « بعيرة » .

(١١) فى : باب ما جاء فى قسمة الغنائم . سنن سعيد بن منصور ٢ / ٢٧٥ ، ٢٧٦ .

(١٢) فى : باب فى الإمام يستأثر بشىء من الفىء ... ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢ / ٧٤ ، ٧٥ . ولكن من=

أبي أُمَامةَ ، عن النَّبيِّ ﷺ . ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾[١٣] . فمَفْهُومُه أنَّ باقِيهَا للغانِمينَ . ولَنا ، ما رَوَى أبو داودَ[١٤] ، بإسْنادِه ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ إلى بني زُهَيْرِ بن أُقَيْشٍ[١٥] : « إنَّكُمْ إنْ شَهِدْتُمْ أنْ لَا إلَـهَ إلَّا اللهُ ، وَأنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللهِ ، وَآتَيْتُمُ[١٦] الزَّكَاةَ ، وأَدَّيْتُـمُ الْخُـمُسَ مِنَ الْمَغْنَـمِ ، وسَهْـمَ الصَّفِيِّ ، إنَّكُمْ آمِنُونَ بِأَمَانِ اللهِ ورَسُولِهِ » . وفي حديثِ وَفْدِ عَبْدِ الْقَيْسِ ، الذي رَوَاه ابنُ عباسٍ : « وَأَنْ يُعْطُوا سَهْمَ النَّبِيِّ ﷺ ، والصَّفِيَّ »[١٧] . وقالتْ عائشةُ : كانت صَفِيَّةُ من الصَّفِيِّ . رَوَاه أبو داودَ[١٨] . وأمَّا انْقِطاعُه بعدَ النَّبِيِّ ﷺ ، فثابتٌ بإجْماعِ الأُمَّةِ قبلَ أبي ثَوْرٍ وبعدَه عليه ، وكونِ أبي بكرٍ وعمرَ وعثمانَ ومَنْ بعدَهم لم يأخُذُوه ، ولا ذَكَرَه أحدٌ منهم ، ولا يُجْمِعُون على تَرْكِ سُنَّةِ النَّبِيِّ ﷺ .

١٠٧٩ – مسألة ؛ قال : (وخُمُسٌ مَقْسُومٌ فِي صَلِيبَةِ بَنِي هَاشِمٍ وبَنِي الْمُطَّلِبِ ابْنَيْ عَبْدِ مَنَافٍ ، حَيْثُ كَانُوا ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)

يعني بقوله : « في صَلِيبةِ بَنِي هاشِمٍ » . أولادَه دون مَنْ يُعَدُّ معهم مِنْ مَوَالِيهِم وحُلَفائِهم . وفي هذه المسألة فصولٌ خمسةٌ :

= رواية عمرو بن عبسة ، وانظر : إرواء الغليل ٥ / ٧٣ ، ٧٤ .

أما رواية أبي أمامة ، فأخرجها النسائي ، في : كتاب قسم الفيء . المجتبى ٧ / ١١٩ . والبيهقي ، في : باب بيان مصرف خمس الخمس ، من كتاب قسم الفيء والغنيمة ... ، . السنن الكبرى ٦ / ٣٠٣ . والحاكم ، في : باب ذكر الأنفال والغنائم ، من كتاب المغازي . المستدرك ٣ / ٤٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٣١٨ ، ٣١٩ .

(١٣) سورة الأنفال ٤١ .

(١٤) في : باب ما جاء في سهم الصفي ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ٢ / ١٣٨ .

كما أخرجه النسائي ، في : كتاب قسم الفيء . المجتبى ٧ / ١٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ٧٨ ، ٣٦٣ .

(١٥) في الأصل ، ا : « أقيس » . وفي ب ، م : « قيس » . والتصويب من سنن أبي داود .

(١٦) في م : « أديتم » .

(١٧) أخرجه البيهقي ، في : باب سهم الصفي ، من كتاب قسم الفيء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٠٣ .

(١٨) في : باب ما جاء في سهم الصفي ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ٢ / ١٣٧ .

كما أخرجه الحاكم ، في : كتاب قسم الفيء ، وفي : باب تنفل رسول الله سيفه ذو الفقار ... ، من كتاب المغازي . المستدرك ٢ / ١٢٨ ، ٣ / ٣٩ .

أحدُها : أنَّ سَهْمَ ذِى القُرْبَى ثابتٌ بعد موتِ النَّبىِّ ﷺ ، وقد مَضَى ذكرُ ذلك ، والخلافُ فيه . وقد ذَكَرَهم اللهُ تعالى فى كتابه من ذَوِى السِّهامِ ، وثَبَتَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ كان يُعْطِيهم ، فروَى جُبَيْرُ بن مُطْعِمٍ ، قال : وَضَعَ رسولُ الله ﷺ سَهْمَ ذى القُرْبَى فى بَنِى / هاشمٍ وبنى المُطَّلِبِ ، وتَرَكَ بنى نَوْفَلٍ وبنى عبدِ شمسٍ . وذَكَرَ الحديثَ ، [1]حديثٌ صحيحٌ ، و[1] رَوَاه أبو داودَ ، [2]والبُخارِىُّ نحوَه[2] . ولم يأْتِ لذلك نَسْخٌ ولا تَغْيِيرٌ ، فوَجَبَ القولُ به ، والعَمَلُ بحُكْمِه . قال أحمدُ : حدَّثنا وَكِيعٌ ، حدَّثنا أبو مَعْشَرٍ ، عن المَقْبُرِىِّ ، قال : كَتَبَ نَجْدَةُ إلى ابنِ عباسٍ يسألُه عن سَهْمِ ذى القُرْبَى ، فكَتَبَ ابنُ عباس : إنَّا كُنَّا نَزْعُمُ أنَّه لنَا ، فأَبَى ذلك[3] علينا قَوْمُنا[4] . قال أحمدُ : أنا أذْهَبُ إلى[5] أنَّه لِقَرابةِ النَّبىِّ ﷺ ، على ما قال ابنُ عباسٍ : « هو لَنَا » .

٢١٦/٦ظ

الفصل الثانى : أنَّ ذا القُرْبَى هم بنُو هاشمٍ وبنو[6] المُطَّلِبِ بن عَبدِ مَنافٍ دونَ غيرِهم ؛ بدليل ما رَوَى جُبَيرُ بن مُطْعِمٍ ، قال : لمَّا قَسَمَ رسولُ الله ﷺ سَهْمَ ذَوِى[7] القُرْبَى من خَيْبَرَ ، بين بنى هاشمٍ وبنى المُطَّلِبِ ، أتَيْتُ أنا وعثمانُ بن عَفَّانٍ رسولَ الله ﷺ ، فقُلْنا : يا رسولَ الله ، أمَّا بنو هاشمٍ فلا نُنْكِرُ فَضْلَهُم ، لمَكانِكَ الذى وَضَعَكَ اللهُ به[5] منهم ، فما بالُ إخْوانِنا من بنى المُطَّلِبِ أعْطَيْتَهُم وتَرَكْتَنا ، وإنَّما نحنُ وهم منكَ بمَنْزِلةٍ واحدةٍ ؟ فقال : « إنَّهُمْ لَمْ يُفارِقُونِى فِى جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ ، وَإِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَىْءٌ وَاحِدٌ » ، وشَبَّكَ بين أصابعِه . وفى رِوايةٍ : « إنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُونَا فِى جَاهِلِيَّةٍ

(١ – ١) سقط من : الأصل ، م .

(٢ – ٢) سقط من : م . وفى ا : « وذكره البخارى ونحوه » .

والحديث تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١١ . وانظر فيه صحيح البخارى ، والمسند .

(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٨٩ .

(٥) سقط من : ب .

(٦) فى ب زيادة : « عبد » .

(٧) فى م : « ذى » .

وَلَا إسْلَامٍ ». رواه أحمدُ، والبُخاريُّ[8]. فرَعَى[9] لهم النَّبِيُّ ﷺ نُصرَتَهم ومُوافقَتَهم بَنِي هاشِمٍ. ومَن كانت أُمُّه منهم وأبوه من غيرِهم، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يَدْفَعْ إلى[10] أقارِبِ أُمِّه وهم بنو زُهْرةَ شيئًا، وإنَّما دَفَعَ إلى أقارِبِ أبيه، ولو دَفَعَ إلى أقاربِ أُمِّهِ لَدَفَعَ إلى بنى زُهْرةَ، وخَبَرُ جُبَيْرٍ يدُلُّ على أنَّه لم يُعْطِهِم شيئًا، ولم يَدْفَعْ أيضا إلى بنى عَمّاتِه، وهم الزُّبَيْرُ بن العَوّامِ وعبدُ اللهِ والمُهَاجِرُ ابْنَا أبى أُمَيَّةَ[10]، وبنو جَحْشٍ.

الفصل الثالث: أنَّه يَشْتَرِكُ فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى؛ لدُخُولِهم فى اسمِ القَرابةِ. واخْتَلَفتِ الرِّوايةُ فى قِسْمَتِه بينهم. فعَن أحمدَ / ، أنَّه يُقْسَمُ بينهم للذَّكَرِ مثل حَظِّ الأُنْثيينِ. وهو اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ، ومَذْهَبُ الشَّافعىِّ؛ لأنَّه سَهْمٌ اسْتُحِقَّ بقَرابةِ الأَبِ شرعًا، فَفُضِّلَ فيه الذكرُ على الأُنْثى كالميراثِ، ويُفارِقُ الوَصيَّةَ وميراثَ ولدِ الأُمِّ؛ فإنَّ الوَصيَّةَ اسْتُحِقَّتْ بقولِ المُوصِى، وميراثُ ولدِ الأُمِّ اسْتُحِقَّ بقَرابةِ الأُمِّ. والروايةُ الثانيةُ، يُسَوَّى بين الذَّكرِ والأُنْثى، وهو قولُ أبى ثَوْرٍ، والمُزَنِىِّ، وابنِ المُنْذِرِ؛ لأنَّهم أُعْطُوا باسْمِ القَرابةِ، والذكرُ والأُنْثى فيها سواءٌ[11]، فأشْبَهَ ما لو وَصَّى لِقَرابةِ فلانٍ، أو وَقَفَ عليهم، ألا تَرَى أنَّ الجَدَّ يأْخُذُ مع الأَبِ، وابنَ الابنِ يأخذُ مع الابنِ؟ وهذا يَدُلُّ على مُخالفةِ المواريثِ، ولأنَّه سَهْمٌ من خُمْسِ الخُمْسِ لجماعةٍ، فيَسْتَوِى فيه الذكرُ والأُنْثى، كسائرِ سِهَامِه، ويَسْتَوِى بين الصَّغيرِ والكبيرِ، على الرِّوايَتَيْنِ؛ لِاسْتِوائِهم فى القَرابةِ، فأشْبَهَ المِيراثَ.

الفصل الرابع: أنَّه يُفَرَّقُ بينهم حيثُ[12] كانوا من الأمْصارِ، ويجبُ تَعْمِيمُهُم به حَسَبَ الإمكانِ. وهذا قولُ الشافعىِّ. وقال بعضُهم: يَخْتَصُّ[13] أهلُ كلِّ ناحيةٍ

---

(8) تقدم تخريجه فى: 4 / 111.

(9) فى م: « فدعا ».

(10) سقط من: ب.

(11) فى ب: « واحد ».

(12) فى م: « بحيث ».

(13) فى م: « يخص ».

بخُمْسِ مَغْزاها الذى ليس لهم مَغْزًى سِوَاهُ ، فما يُؤْخَذُ من مَغْزَى الرُّومِ لأهلِ الشامِ والعراقِ ، وما يُؤْخَذُ من مَغْزَى التُّرْكِ لمن فى خُرَاسانَ من ذوِى القُرْبَى ؛ لما يَلْحَقُ من المَشَقَّةِ فى نَقْلِه من المَشْرِقِ إلى المَغْرِبِ ، ولأنَّه يَتَعَذَّرُ تَعْمِيمُهم به[14] ، فلم يَجِبْ ، كسائرِ أهلِ السُّهْمانِ[15] . ووَجْهُ الأوَّلِ أنَّه سَهْمٌ مُسْتَحَقٌّ بقَرابةِ الأبِ ، فوَجَبَ دفعُه إلى جميعِ المُسْتحقِّينَ ، كالمِيراثِ . فعلى هذا يَبْعَثُ الإمامُ إلى عُمَّالِه فى الأقاليمِ ، ويَنْظُرُ كم حصَلَ من ذلك ؟ فإن استَوَتْ فيه ، فَرَّقَ كلَّ خُمْسٍ فى مَن قارَبَه ، وإن اختلفتْ ، أمَرَ بحَمْلِ الفَضْلِ لِيُدْفَعَ إلى [16]مَن يَسْتَحِقُّه[16] ، كالمِيراثِ . وفارَقَ الصَّدَقَةَ ، حيث لا تُنْقَلُ ؛ لأنَّ كلَّ بلدٍ لا يكادُ[17] / يَخْلُو من صَدَقةٍ تُفَرَّقُ على فُقَراءِ أهْلِه ، والخمسُ يُؤْخَذُ فى بعضِ الأقاليمِ ، فلو لم يُنْقَلْ لأدَّى إلى إعْطاءِ البعضِ وحِرْمانِ البعضِ . والصحيحُ ، إن شاء اللهُ ، أنَّه لا يجبُ التَّعْمِيمُ ؛ لأنَّه يَتعذَّرُ ، فلم يجبْ ، كتَعْمِيمِ المساكينِ . وما ذُكِرَ من بَعْثِ الإمامِ عُمّالَه وسُعاتَه ، فهو متعذِّرٌ فى زَمانِنا ؛ لأنَّ الإمامَ لم يَبْقَ له حكمٌ إلَّا فى قليلٍ من بلادِ الإسْلامِ ، ولم يَبْقَ له جِهَةٌ فى الغَزْوِ ، ولا له فيه أمْرٌ ، ولأنَّ هذا سهمٌ من سِهامِ الخمسِ ، فلم يجبْ تعمِيمُه ، كسائرِ سُهْمانِه[18] . فعلى هذا يُفَرِّقُه كلُّ سُلْطانٍ فيما أمْكنَ من بِلادِه .

٢١٧/٦ ظ

الفصل الخامس : أنَّ غَنِيَّهم وفَقِيرَهم فيه سَواءٌ . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . وقيل : لا حَقَّ فيه لِغَنِىٍّ . قياسًا له على بَقِيَّةِ السِّهامِ . ولَنا ، عمومُ قولِه تعالى : ﴿ وَلِذِى الْقُرْبَى ﴾[19] . وهذا عامٌّ لا يجوزُ تَخْصِيصُه بغيرِ دليلٍ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ كان يُعْطِى

(١٤) سقط من : ب .

(١٥) فى ب ، م : « السهم » .

(١٦-١٦) فى م : « مستحقه » .

(١٧) سقط من : ا .

(١٨) فى م : « سهامه » .

(١٩) سورة الأنفال ٤١ .

أقاربِه كلِّهم ، وفيهم الأغنياءُ ، كالعباسِ وغيرِه ، ولم يُنْقَلْ تَخصيصُ الفُقَراءِ منهم ، وقد رَوَى الإمامُ أحمدُ ، في « مُسْنَدِه »[20] ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ أعْطَى الزُّبَيْرَ سَهْمًا ، وأُمَّه سَهْمًا ، وفَرَسَهُ سَهْمين . وإنما أعْطَى أُمَّه من سَهْمِ ذِي القُرْبَى ، وقد كانت مُوسِرَةً ، ولها [21]مَوَالٍ ومالٌ[21] ، ولأنَّه مالٌ مُسْتَحَقٌّ بالقَرابةِ ، فاسْتَوَى فيه الغَنِيُّ والفقيرُ ، كالميراثِ والوَصِيَّةِ للأقارِبِ ، ولأنَّ عثمانَ وجُبَيْرًا طَلَبا حَقَّهُما منه ، وسأَلا عن عِلَّةِ مَنْعِهما ومَنْعِ قرابَتِهما ، وهما مُوسِرانِ ، فعَلَّلَه النَّبِيُّ ﷺ بنُصْرَةِ بني المُطَّلِبِ دُونَهم ، وكَوْنِهم مع بني هاشمٍ كالشَّىْءِ الواحدِ ، ولو كان اليَسارُ مانِعًا والفَقْرُ شَرْطًا ، لم يَطْلُبا مع عَدَمِه ، ولعَلَّلَ النَّبِيُّ ﷺ مَنْعَهُما بيَسارِهما وانْتِفاءِ فَقْرِهما .

١٠٨٠ ـ مسألة ؛ قال : (والْخُمُسُ الثَّالِثُ لِلْيَتَامَى)

وهم الذين لا آباءَ لهم ، ولم يَبْلُغُوا الحُلُمَ ؛ فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ »[1] . قال بعضُ أصحابِنا : لا يَسْتَحِقُّون إلَّا مع الفقْرِ . وهو المشهورُ / من مذهبِ الشَّافعيِّ ؛ لأنَّ ذا الأبِ لا يَسْتَحِقُّ ، والمالُ أَنْفَعُ من وُجودِ الأبِ ، ولأنَّه صُرِفَ إليهم لحاجَتِهم ، فإنَّ اسْمَ اليُتْمِ يُطْلَقُ عليهم في العُرْفِ للرَّحْمةِ ، ومَنْ كان إعطاؤُه لذلك اعْتُبِرَتِ الحاجةُ فيه ، وفارقَ ذَوِى القُرْبَى ، فإنَّهم اسْتَحَقُّوا لِقُرْبِهم من رسولِ الله ﷺ تَكْرِمَةً لهم ، والغنيُّ والفقيرُ في القُرْبِ سَواءٌ ، فاسْتَوَيا في الاسْتِحْقاقِ . ولم أعلمْ هذا نصًّا

٢١٨/٦و

---

(٢٠) في : المسند ١ / ١٦٦ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب سهمان الخيل ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦ / ١٩٠ . والدارقطني ، في : كتاب السير . سنن الدارقطني ٤ / ١١٠ ، ١١١ ، والبيهقي ، في : باب ما جاء في سهم الراجل والفارس ، من كتاب قسم الفيء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٢٦ .

(٢١ - ٢١) في ا : « أموال » .

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء متى ينقطع اليتم ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ٢ / ١٠٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٩٤ ، والبيهقي ، في : باب الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٢٠ . وعبد الرزاق ، في : باب لا رضاع بعد الفطام ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٤٦٤ .

عن أحمدَ . وعمومُ الآيةِ[٢] يقتضِى تَعْمِيمَهم . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : له قولٌ آخرُ ، أنَّه للغَنِىِّ والفقيرِ ؛ لِعُمومِ النصِّ[٣] فى كلِّ يتيمٍ ، وقياسًا له على سَهْمِ ذى القُرْبَى ، ولأنَّه لو خَصَّ به الفقيرَ ، لكان داخلًا فى جُمْلةِ المساكينِ الذين هم أصحابُ السَّهْمِ الرابعِ ، وكان يُسْتَغْنَى عن ذِكْرِهم وتَسْمِيَتِهم . قال أصحابُنا : ويُفَرَّقُ على الأيْتامِ فى جميعِ الأقطارِ ، ولا يَخْتَصُّ[٤] به أهْلُ ذلك المَغْزَى . والقولُ فيه كالقولِ فى سَهْمِ ذى القُرْبَى . وقد تقدَّم القولُ فيه .

١٠٨١ – مسألة ؛ قال : (والْخُمُسُ الرَّابِعُ لِلْمَسَاكِينِ)

وهم أهلُ الحاجةِ ، ويدخلُ فيهم الفقراءُ ، والفقراءُ والمساكينُ صِنْفانِ فى الزَّكاةِ ، وصِنْفٌ واحدٌ هٰهُنا ، وفى سائرِ الأحكامِ ، وإنَّما يَقَعُ التمييزُ بينهما إذا جُمِعَ بينهما بلَفْظَيْنِ ، ولم يَرِدْ ذلك إلَّا فى الزَّكاةِ ، وسنذكُرُهم فى أصْنافِها[١] . قال أصحابُنا : ويُعَمُّ بها جَمِيعُهم فى جميعِ البلادِ ، كقَوْلِهم فى سهمِ ذى القُرْبَى واليَتامَى . وقد تقدَّم قولُنا فى ذلك .

١٠٨٢ – مسألة ؛ قال : (والْخُمُسُ الْخَامِسُ لِابْنِ السَّبِيلِ)

وسنذكرُه أيضا فى أصنافِ الصَّدقةِ ، ويُعْطَى كلُّ واحدٍ منهم قَدْرَ ما يُوصِلُه إلى بَلَدِه ؛ لأنَّ دَفْعَنا إليه لأجْلِ الحاجةِ ، فأُعْطِىَ بقَدْرِها . فإن اجْتَمعَ فى واحدٍ أسبابٌ ، كالمِسْكينِ إذا كان يَتِيمًا وابنَ سبيلٍ ، اسْتَحقَّ بكلِّ واحدٍ منها[١] ؛ لأنَّها أسبابٌ

---

(٢) فى ا : « النص » .

(٣) فى ا : « الآية » .

(٤) فى م : « ويخص » .

(١) فى ب زيادة : « إن شاء الله » . انظر ما يأتى فى ٣٠٦ وما بعدها .

(١) فى ا ، م : « منهما » .

لأحْكامٍ ، فوَجَبَ أن تُثْبِتَ أحْكَامَها ، كما لو انْفَرَدَتْ . / فإن أعطاه لِيُتْمِه ، فزال فَقْرُه ، لم يُعْطَ لِفَقْرِه شيئا .

١٠٨٣ – مسألة ؛ قال : (وأَرْبَعَةُ أخْمَاسِ الْفَيْءِ لِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ ؛ غَنِيُّهُمْ وفَقِيرُهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ ، إلَّا الْعَبِيدَ)

لا نعلمُ خِلافًا بين أهلِ العلمِ اليومَ فى أنَّ العَبِيدَ لا حَقَّ لهم فى الفَيْءِ . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ ، أنَّ سائرَ الناسِ لهم حَقٌّ فى الفَيْءِ ، غَنِيُّهم وفَقِيرُهم . ذَكَرَ أحمدُ الفَيْءَ فقال : فيه حقٌّ لكلِّ المسلمينَ ، وهو بين الغَنِىِّ والفقيرِ . وقال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : ما مِن أحَدٍ من المسلمينَ إلَّا له فى هذا المالِ نصيبٌ ، إلَّا العَبِيدَ ، فليس لهم فيه شىءٌ . وقرأ عمرُ : ﴿ ما أَفَاءَ ٱللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ﴾ حتى بَلَغَ : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ ﴾[1] ثم قال : هذه اسْتَوْعَبَتِ المسلمينَ عامَّةً ، ولئن عِشْتُ لَيَأْتِيَنَّ الرَّاعِىَ بسَرْوِ حِمْيَرَ نَصِيبُه منها ، لم يَعْرَقْ فيه[2] جَبِينُه[3] . ولأنَّه مالٌ مَخْمُوسٌ ، فلم يَخْتَصَّ به مَن فيه مَنْفَعةٌ ، كأَرْبَعةِ أخماسِ الغَنِيمةِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ أهلَ الفَيْءِ هم أهلُ الجِهَادِ من المُرَابِطِينَ فى الثُّغُورِ ، وجُنْدِ المُسْلِمينَ ، ومَنْ يقومُ بمَصالِحِهم ؛ لأنَّ ذلك كان للنَّبِىِّ ﷺ فى حياتِه ، لحُصُولِ النُّصْرةِ والمَصْلَحةِ به ، فلما مات صارتْ بالجُنْدِ[4] ، ومَنْ يحتاجُ إليه المسلمونَ ، فصار ذلك لهم دون غيرِهم ، وأمَّا الأعْرابُ ونحوُهم ممَّن لا يُعِدُّ نَفْسَه للجِهادِ ، فلا حَقَّ لهم فيه . والذين يَغْزُونَ إذا نَشِطُوا ، يُعْطَوْنَ من سَهْمِ سبيلِ اللهِ من الصَّدَقةِ . قال : ومعنى كلامِ[5] أحمدَ ، أنَّه بين الغَنِىِّ والفقيرِ ، يعنى الغَنِىَّ الذى فيه مصلحةُ المسلمينَ من المُجاهِدِينَ والقضاةِ والفقهاءِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ معنى كلامِه ، أنَّ لجميعِ المسلمينَ الانتفاعَ بذلك المالِ ؛ لكَوْنِه يُصْرَفُ إلى مَنْ يَعُودُ نَفْعُه إلى[6] جميع

---

(١) سورة الحشر ٧ – ١٠ .

(٢) فى م : « فيها » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٨٢ .

(٤) فى م : « للجند » .

(٥) فى ا : « قول » .

(٦) فى ب ، م : « على » .

المسلمينَ ، وكذلك يَنْتفِعونَ بالعُبُورِ على القناطرِ والجُسُورِ المَعْقُودةِ بذلك المالِ ، وبالأنهارِ والطُّرُقاتِ التى أُصْلِحَتْ به . وسياقُ كلامِه يَدُلُّ على أنّه ليس مُخْتَصًّا بالجُنْدِ / وإنما هو مَصْرُوفٌ فى مصالحِ المسلمينَ ، لكن يبدأُ بجُنْدِ المسلمينَ ؛ لأنَّهم أهَمُّ[(٧)] المصالحِ ؛ لكَوْنِهم يَحْفَظُونَ المسلمينَ ، فيُعْطَوْنَ كِفاياتِهم ، فما فَضَلَ قُدِّمَ الأهَمُّ فالأهَمُّ من عِمارَةِ[(٨] الثُّغُورِ و كِفايَتِها بالأسْلِحةِ والكُراعِ[(٩)] ، وما يُحْتاجُ إليه ، ثم الأهَمُّ فالأهَمُّ ، من عِمارةِ[٨)] المساجدِ والقَناطرِ ، وإصلاحِ الطُّرقِ ، وكِراءِ الأنهارِ ، وسَدِّ بُثُوقِها ، وأرْزاقِ القُضاةِ والأئمةِ والمُؤَذِّنينَ والفُقَهاءِ ، ونحو ذلك ممَّا للمسلمينَ فيه نَفْعٌ . وللشافعيِّ قولان ، كنحوِ مما[(١٠)] ذكَرْناه[(١١)] . واحْتَجُّوا على أنَّ أربعةَ أخْماسِ الفَىْءِ كان لرسولِ اللهِ ﷺ فى حياتِه ، بما رَوَى مالكُ بن أوْسِ بن الحَدَثانِ قال : سمعتُ عمرَ ابن الخَطَّابِ ، والعباسُ وعلىٌّ يَخْتَصِمان إليه فى أمْوالِ النبىِّ ﷺ ، فقال عمرُ : كانت أموالُ بنى النَّضِيرِ ممَّا أفاءَ اللهُ على رَسُولِه ، ممَّا لم يُوجِفِ المسلمونَ عليه بخَيْلٍ ولا رِكَابٍ . وكانتْ[(١٢)] لرَسُولِ اللهِ ﷺ خالصًا دون المسلمينَ ، وكان رسولُ اللهِ ﷺ يُنْفِقُ منها على أهْلِه نَفَقةَ سَنَتِه ، فما فَضَلَ جعَلَه فى الكُرَاعِ والسِّلاحِ ، ثم تُوُفِّىَ رسولُ اللهِ ﷺ ، فوَلِيَها أبو بكرٍ بمِثْلِ ما وَلِيَها رسولُ اللهِ ﷺ ، ثم وَلِيتُها بمِثْلِ ما وَلِيَها رسولُ اللهِ ﷺ وأبو بكرٍ . مُتَّفَقٌ عليه[(١٣)] . إلَّا أنَّ فيه : يجْعَلُ ما بَقِىَ أُسْوَةَ المالِ . وظاهرُ[(١٤)] أخْبارِ

٦/٢١٩و

---

(٧) فى ب : « لهم » .

(٨ – ٨) سقط من : ب .

(٩) الكراع : اسم يشمل الخيل والسلاح .

(١٠) فى ا ، ب : « ما » .

(١١) فى ب : « ذكرنا » .

(١٢) فى م : « وكان » .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب المجن ومن يترس بترس صاحبه ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب حبس نفقة الرجل قوت سنة على أهله وكيف نفقات العيال ، من كتاب النفقات ، وفى : باب قول النبى ﷺ : لا نورث ما تركنا صدقة ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب ما يكره من التعمق والتنازع فى العلم والغلو فى الدين والبدع ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٤ / ٤٦ ، ٧ / ٨١ ، ٨٢ ، ٨ / ١٨٥ ، ١٨٦ ، ٩ / ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ومسلم ، فى : باب حكم الفىء ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٧٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢ / ١٢٥–١٢٧ ، والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٥ ، ٤٨ ، ٦٠ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

(١٤) فى ا : « فظاهر » .

عمرَ تَدُلُّ على أنَّ لجميعِ المسلمينَ فى الفَىْءِ حَقًّا ؛ فإنَّه لمَّا قرَأَ الآيةَ التى فى سورةِ الحَشْرِ قال : هذه الآيةُ استَوْعَبَتِ المسلمينَ . وجعل للرَّاعِى بسَرْوِ حِمْيَرَ منه نَصِيبًا ، وقال : ما أحدٌ إلَّا له فى هذا المالِ نصيبٌ[15] . وأمَّا أموالُ بنى النَّضيرِ ، فيَحْتَمِلُ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ كان يُنْفِقُ منه على أهْلِه ؛ لأنَّ ذلك من أهَمِّ المصالحِ ، فبَدَأ بهم ، ثم[16] جعَلَ باقِيَهُ أُسْوَةَ المالِ . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ أموالُ بنى النَّضيرِ اختصَّ بها النَّبِىُّ ﷺ من الفَىْءِ ، وتَرَكَ سائرَه لمن / سُمِّىَ فى الآية . وهذا مُبَيَّنٌ فى قولِ عمرَ : وكان لِرَسُولِ اللهِ ﷺ خالصًا دون المسلمينَ . ٢١٩/٦ ظ

فصل : واختَلَفَ الخلفاءُ الراشدونَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فى قَسْمِ الفَىْءِ بين أهلِه ، فذَهَبَ أبو بكرٍ الصِّدِّيقُ[17] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، إلى التَّسْوِيةِ بينهم فيه . وهو المشهورُ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . فرُوِىَ أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، سَوَّى بين الناسِ فى العَطاءِ ، وأدْخلَ فيه العَبِيدَ ، فقال له عمرُ : يا خليفةَ رسولِ اللهِ ، أتَجْعَلُ الذينَ جاهَدُوا فى سَبِيلِ اللهِ بأموالِهِم وأنْفُسِهِم ، وهَجَرُوا دِيارَهُم له ، كمَنْ إنَّما دَخلُوا فى الإسلامِ كَرْهًا ! فقال أبو بكرٍ : إنَّما عَمِلُوا للهِ ، وإنَّما أُجُورُهُم على اللهِ ، وإنَّما الدُّنْيا بَلاغٌ . فلما وَلِىَ عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فاضَلَ بينهم ، وأخْرَجَ العَبِيدَ ، فلمَّا وَلِىَ علىٌّ رَضِىَ اللهُ عنه ، سَوَّى بينهم ، وأخْرَجَ العبيدَ . وذُكِرَ عن عثمانَ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه فَضَّلَ بينهم فى القِسْمةِ[18] . فعلَى هذا يكونُ مذهبُ اثنينِ منهم ، أبى بكرٍ وعلىٍّ التَّسْوِيَةَ ، ومذهبُ اثنينِ عمرَ وعثمانَ التَّفْضِيلَ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، رحمةُ اللهِ عليه ، أنَّه أجازَ الأمْرَيْنِ جميعًا ، على ما يَراهُ

---

(١٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٨٢ .

(١٦) سقط من : ا ، م .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب التسوية بين الناس فى القسمة ، من كتاب قسم الفىء . السنن الكبرى ٦ / ٣٤٨ بنحوه .

الإمامُ ، ويُؤدِّى اجْتهادُه إليه . فرَوَى عنه[19] الحسنُ بن علىٍّ [20] بن الحسنِ[20] ، أنّه قال : للإمامِ أن يُفضِّلَ قومًا على قومٍ . وقال أبو بكرٍ : اخْتِيارُ أبي عبدِ الله أن لا يُفضِّلُوا . وهذا اختيارُ الشافعيِّ . وقال أَبِيٌّ : رأيتُ قَسْمَ اللهِ المواريثَ على العَدَدِ ، يكُونُ الإخْوةُ مُتفاضِلِينَ في الغَناءِ عن المَيِّتِ ، والصِّلَةِ في الحياةِ ، والحِفْظِ بعد الموتِ ، فلا يُفضَّلُونَ ، وقَسْمَ رسولِ الله ﷺ من الأَرْبعةِ الأخماسِ على العَدَدِ ، ومنهم[21] مَنْ يُغْنِى[22] غايةَ الغَناءِ ويكونُ الفَتْحُ على يَدَيْه ، ومِنْهُم مَنْ يكون مَحْضَرُه إمّا غيرُ[23] نافعٍ ، وإمّا ضَرَرٌ بالجُبْنِ والهَزِيمةِ ، وذلك أنّهم اسْتَوَوْا في سَبَبِ الاسْتِحقاقِ ، وهو انْتِصابُهم للجهادِ ، فصاروا كالغانِمينَ . والصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ، أنَّ ذلك مُفوَّضٌ إلى اجْتهادِ الإمامِ ، يَفْعَلُ ما يَراه من تَسْوِيةٍ وتَفْضِيلٍ ؛ / لأنَّ النبيَّ ﷺ كان يُعْطِى الأنْفالَ ، فيُفَضِّلُ قومًا على [24] قومٍ على[24] قَدْرِ غَنَائِهم[25] . وهذا في معناه . والمشهورُ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنّه حين كَثُر عندَه المالُ ، فَرَضَ للمسلمينَ أُعْطِياتِهم ، ففَرَضَ للمهاجرِينَ من أهلِ بَدْرٍ خمسةَ آلافٍ خمسةَ آلافٍ ، وللأنصارِ من أهلِ بَدْرٍ أربعةَ آلافٍ أربعةَ آلافٍ ، وفرَضَ لأهلِ الحُدَيْبِيَةِ ثلاثةَ آلافٍ ثلاثةَ آلافٍ ، ولِأهلِ الفَتْحِ ألْفينِ ألْفَيْنِ[26] ، وقال : بمَنْ أبْدَأُ؟ قِيلَ له : بنَفْسِكَ . قال : لا ، ولكن أبْدَأُ بقَرابةِ رسولِ الله ﷺ . فبدأ ببَنِى هاشمٍ ، ثم ببنِى المُطَّلِبِ ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ : « إنَّما بَنُو هَاشِمٍ وبَنُو المُطَّلِبِ شَىْءٌ

٢٢٠/٦ و

---

(١٩) في ا ، ب ، م : « عن » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : ب .

وهو الحسن بن على بن الحسن الإسكافى ، أبو على ، جليل القدر ، عنده عن الإمام أحمد مسائل صالحة حسان كبار ، أغرب فيها على أصحابه . طبقات الحنابلة ١ / ١٣٦ ، ١٣٧ .

(٢١) في م : « منهم » .

(٢٢) في م : « يعطى » .

(٢٣) في م زيادة : « لله » .

(٢٤ - ٢٤) سقط من : م .

(٢٥) انظر ما ذكره أبو عبيد ، في الأموال ٣٠٧ ، ٣١٦ .

(٢٦) سقط من : م .

واحِدٌ »[٢٧] . ثم بينى عبدِ شمسٍ ؛ لأنَّه أخو هاشِمٍ لأبوَيْهِ ، ثم بينى نَوْفلٍ ؛ لأنَّه أخوهُما لأبيهما ، ثم الأقْرَبِ فالأقْرَبِ[٢٨] . قال أصحابُنا : يَنْبَغِى أن يَتّخِذَ الإمامُ دِيوانًا ، وهو دَفْتَرٌ فيه أسماءُ أهلِ الديوانِ ، وذِكْرُ أُعْطِياتِهِم ، ويَجْعَلَ لكلِّ قبيلةٍ عَرِيفًا . فقد رَوَى الزُّهْرِىُّ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ ، عَرَّفَ عامَ خَيْبَرَ[٢٩] على كلِّ عشرةٍ عَرِيفًا . وإذا أرادَ إعطاءَهم بَدَأَ بقَرَابةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، على ما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ويُقَدِّمُ الأقْرَبَ فالأقْرَبَ ، ويُقَدِّمُ بنى عبدِ العُزَّى على بنى عبدِ الدارِ ؛ لأنَّ فيهم أصْهارَ رسولِ اللهِ ﷺ ، لأنَّ خَدِيجَةَ منهم ، حتى يَنْقَضِىَ قريشٌ ، وهم بنو النَّضْرِ بن كِنانةَ ، ثم من بعد قريشٍ الأنْصارُ ، ثم سائرُ العَرَبِ ، ثم العَجَمُ والموالِى ، ثم تُفْرَضُ الأرزاقُ لمن يَحْتاجُ المسلمون[٣٠] إليهم ، من القُضاةِ ، والمُؤَذِّنِينَ ، والأئِمَّةِ ، والفقهاءِ ، والقُرَّاءِ ، والبُرُدِ ، والعيُونِ ، ومَنْ لا غِنَى للمُسلمينَ عنه ، ثم فى إصْلاحِ الحُصُونِ ، والكُراعِ ، والسِّلاحِ ، ثم بمصالحِ المسلمينَ ، من بناءِ القناطرِ والجُسُورِ ، وإصلاحِ الطُّرُقِ ، وكَرْىِ الأنْهارِ ، وسَدِّ بُثُوقِها ، وعِمارةِ المساجدِ ، ثم ما فَضَلَ قَسَمَه فى[٣١] سائرِ المسلمينَ ، ويَخُصُّ ذا الحاجةِ .

٦/٢٢٠ظ **فصل** : قال القاضى : ويَعْرِفُ قَدْرَ حاجَتِهِم / - يعنى أهلَ العطاءِ - وكِفايَتِهم ، ويَزْدادُ ذو الولدِ من أجْلِ وَلَدِه ، وذو الفَرَسِ من أجلِ فَرَسِه . وإن كان له عبيدٌ لمصالحِ الحربِ حَسَبَ مُؤُونَتَهم فى كِفايَتِه ، وإن كانوا للزينةِ أو تجارةٍ ، لم يَدْخُلُوا فى مُؤُونَتِه . وينظرُ فى أسْعارِهم فى بُلْدانِهِم ؛ لأنَّ أسعارَ البُلْدانِ تختلفُ ، والغَرَضُ الكِفايةُ ، ولهذا تعتبرُ الذُّرِّيَّةُ والوَلَدُ ، فيَخْتَلِفُ عطاؤُهم لِاخْتِلافِ ذلك . وإن

---

(٢٧) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١١ .

(٢٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب التفضيل على السابقة والنسب ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

(٢٩) فى م : « حنين » .

(٣٠) فى م : « المسلمين » .

(٣١) فى م : « على » .

كانوا سَواءً فى الكفايةِ ، لا يُفَضَّلُ بعضَهم على بعضٍ ، وإنَّما تتفاضلُ كِفايَتُهم ، ويُعطَوْنَ قدرَ كفايَتِهم ، فى كلِّ عامٍ مَرَّةً . وهذا – واللهُ أعلمُ – على قولِ مَنْ رأى[32] التَّسْوِيَةَ . فأمَّا من يَرَى التَّفْضيلَ ، فإنَّه يُفَضِّلُ أهلَ السَّوابِقِ والغَناءِ فى الإسلامِ ، على غيرِهم ، بحَسْبِ ما يَراه ، كما أنَّ عمر ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فَضَّلَ أهلَ السَّوابِقِ ، فقَسَمَ لقومٍ خمسةَ آلافٍ ، ولآخرِينَ أربعةَ آلافٍ ، ولآخرِينَ ثلاثةَ آلافٍ ، ولآخرِينَ ألْفينِ ألْفَيْنِ ، ولم يُقَدِّرْ ذلك بالكِفايةِ .

فصل : والعَطاءُ الواجبُ لا يكونُ إلَّا لبالغٍ يُطِيقُ مِثْلُه القِتالَ ، ويكونُ عاقلًا حُرًّا بَصِيرًا صحيحًا ، ليس به مَرَضٌ يَمْنَعُه القِتالَ ، فإن مَرِضَ الصَّحِيحُ مَرَضًا غيرَ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، كالزَّمانةِ ونحوِها ، خَرَجَ من المُقاتِلَةِ ، وسَقَطَ سَهْمُه ، وإن كان مَرَضًا[32] مَرْجُوَّ الزوالِ ، كالحُمَّى والصُّداعِ والبِرْسامِ ، لم يَسْقُطْ عَطاؤُه ؛ لأنَّه فى حكمِ الصحيحِ ، ألا تَرَى أنَّه لا يَستَنِيبُ فى الحَجِّ كالصَّحِيحِ . وإن مات بعد حُلُولِ وقتِ العطاءِ ، دُفِعَ حقُّه إلى وَرَثَتِه . ومن مات مِن أجْنادِ المسلمينَ ، دُفِعَ إلى زَوْجَتِه وأولادِه الصِّغارِ قَدْرُ كِفايَتِهم ؛ لأنَّه لو لم تُعْطَ ذُرِّيَّتُه بعدَه ، لم يُجَرِّدْ نفسَه للقتالِ ؛ لأنَّه يخافُ على ذُرِّيَّتِه الضياعَ[33] ، فإذا علم أنَّهم يُكْفَوْنَ بعد مَوْتِه ، سَهُلَ عليه ذلك ، ولهذا قال أبو خالد القَنانِيُّ[34] :

لقد زادَ الحياةَ إلَىَّ حُبًّا … بنَاتِى إنَّهُنَّ مِنَ الضِّعافِ
/ مَخافةَ أن يَرَيْنَ الفَقْرَ بَعْدِى … وأن يَشْرَبْنَ رَنْقًا بعدَ صافِ[35]
وأن يَعْرَيْنَ إن كُسِىَ الجَوارِى … فتَنْبُو العين عن كَرَمٍ عِجافِ[36]
ولَوْلا ذاك قد سَوَّمْتُ مُهْرِى … وفى الرَّحْمٰنِ للضُّعَفاءِ كافِ

٦/٢٢١و

---

(٣٢) فى ب : « يرى » .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) فى النسخ : « الهنائى » ، والأبيات فى : الكامل ٣ / ١٦٧ .

(٣٥) الرنق : الماء الكدر .

(٣٦) فى م : « كوم عجاف » .

وإذا بلغَ ذُكُورُ أولاده[٣٧] ، واختاروا أن يكونـوا فى المُقاتلـةِ ، فُرِضَ لهم ، وإن لم يختارُوا ، تُرِكُوا ، ومَنْ خَرَجَ من الْمُقاتِلَةِ ، سَقَطَ حَقُّه من العَطاءِ .

١٠٨٤ ـ مسألة ؛ قال : (وأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ الْغَنِيمَةِ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ ، لِلرَّاجِلِ سَهْمٌ ، ولِلْفَارِسِ ثَلَاثَةُ أسْهُمٍ ، إِلَّا أنْ يَكُونَ الْفَارِسُ عَلَى هَجِينٍ ، فَيَكُونَ لَهُ سَهْمانِ ، سَهْمٌ لَهُ ، وسَهْمٌ لِهَجِينِهِ)

أجمعَ أهلُ العلمِ على أنَّ أربعةَ أخْماسِ الغَنِيمةِ للغَانِمِينَ ، وقولُه تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾[١] يُفْهَمُ منه أنَّ أربعةَ أخْماسِها لهم ؛ لأنَّه أضافَها إليهم ، ثم أَخَذَ منها سَهْمًا لغيرِهم ، فبَقِىَ سائِرُها لهم ، كقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[٢] . وقال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : الغَنِيمةُ لِمَنْ شَهِدَ الوَقْعةَ[٣] . وذَهَبَ جمهورُ أهلِ العلمِ ، إلى أنَّ للرَّاجِلِ سَهْمًا ، وللفارسِ ثَلاثةَ أسْهُمٍ . وقال أبو حنيفةَ : للفارسِ سَهْمان . وخالَفه أصحابُه فوافَقُوا سائرَ العُلماءِ . وقد ثَبَتَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أسْهَمَ للفارسِ ثلاثةَ أسهُمٍ ؛ سهمٌ له ، وسهمان لِفَرَسِه . متفقٌ عليه[٤] . وقال خالدٌ الحذاءُ[٥] : إنَّه[٦] لا يُختَلَفُ فيه عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه أسْهَمَ لِلفَرسِ سَهْمينِ ،

---

(٣٧) فى ب ، م : « أولادهم » .

(١) سورة الأنفال ٤١ .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب المدد يلحق بالمسلمين ... ، من كتاب قسم الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٣٥ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب سهام الفرس ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٤ / ٣٧ . ومسلم ، فى : باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى سهمان الخيل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٧ / ٤٣ . والترمذى ، فى : باب فى سهم الخيل ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٤٣ . وابن ماجه ، فى : باب قسمة الغنائم ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٥٢ . والدارمى ، فى : باب فى سهمان الخيل ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢ / ٢٢٥ ، ٢٢٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢ ، ٦٢ ، ٧٢ ، ٨٠ .

(٥) خالد بن مهران الحذاء البصرى الحافظ ، من كبار التابعين ، وقد رأى أنسا ، لم يحذ نعلا قط ، وإنما قيل له ذلك لأنه كان يجلس على دكان حذاء ، توفى سنة اثنتين وأربعين ومائة . اللباب ١ / ٢٨٦ ، العبر ١ / ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

ولصاحِبه سَهْمًا ، وللرّاجِلِ سهمًا[٧] . والهَجِينُ من الخيلِ : هو الذى أبوه عَرَبِىٌّ وأُمّه غيرُ عَرَبِيَّةٍ . والمُقْرِفُ عكس ذلك ، وهو الذى أبوه غيرُ عربىٍّ وأُمُّه عَرَبِيَّةٌ . ومنه قولُ هِنْد بنت النُّعمانِ بن بَشِيرٍ[٨] :

وما هِنْدُ إلّا مُهْرةٌ عَرَبِيّةٌ ... سَلِيلةُ أفْراسٍ تَجَلَّلها بَغْلُ
فإن ولدتْ مُهْرًا كَرِيمًا فبالْحَرَى ... وإن يَكُ إقْرافٌ فما أنْجَبَ الفَحْلُ

/ وأراد الْخِرَقِىُّ بالهَجِينِ هٰهُنا ما عَدَا العَرَبِىَّ من الخيلِ ، من البَرَاذِينِ وغيرِها ، وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، روايةٌ أُخرَى ، أنَّ البَراذِينَ إذا أدْرَكَتْ مثلَ العِرَابِ ، فلها مثلُ سَهْمِها . وذَكَرَ القاضى رِوايةً أُخرَى ، فيما عدا العِرابَ من الخيلِ لاسَهْمَ[٩] لها . وفى هذه المسألةِ اخْتلافٌ كثيرٌ ، وأدِلَّةٌ على كلِّ قولٍ ، أخَّرْنا ذِكْرَها إلى باب الجِهادِ ، فإنَّ المسألَةَ مذكورةٌ فيه ، وهو ألْيَقُ بها ، إن شاءَ اللهُ تعالى . ٢٢١/٦ظ

١٠٨٥ – مسألة ؛ قال : (والصَّدَقةُ لَا يُجاوِزُ بِهَا الثَّمانِيَةَ الأَصْنَافَ الَّتِى سَمَّى اللهُ عَزَّ وجَلَّ)

يعنى قولَ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَٱلْمَساكِينِ وَٱلْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَارِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللهِ وَٱللهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾[١] . ورُوِىَ أنَّ رَجُلًا قال : يا رسولَ الله ، أعْطِنِى من هذه الصَّدقاتِ . فقال له رسولُ الله ﷺ : « إنَّ اللهَ لَمْ يَرْضَ بحُكْمِ نَبِىٍّ وَلَا غَيْرِهِ فى الصَّدَقاتِ ، حَتَّى حَكَمَ فِيهَا ، فجَزَّأَهَا ثَمانِيَةَ أجْزَاءٍ ، فَإنْ كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الْأَجْزَاءِ أعْطَيْتُكَ حَقَّكَ »[٢] .

---

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب السير . سنن الدارقطنى ٤ / ١٠٧ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى سهم الراجل والفارس ، من كتاب الفىء والغنيمة . السنن الكبرى ٦ / ٣٢٧ .

(٨) البيتان فى : أدب الكاتب ، لابن قتيبة ٣٥ ، ٣٦ ، والأغانى ١٦ / ٥٤ ، وعزاهما لحميدة أخت هند . واللسان (هـ ج ن) . والأول فى : اللسان والتاج (س ل ل) . وعجز الثانى فى : اللسان (ق ر ف) .

(٩) فى م : « يسهم » .

(١) سورة التوبة ٦٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٢٤ .

والمرادُ بالصَّدَقةِ هٰهُنا الزكاةُ المَفْروضةُ ، دونَ غيرِها من صَدَقةِ التَّطَوُّعِ والكَفَّاراتِ والنُّذُورِ والوَصَايَا . ولا نعلمُ خِلافًا بين أهلِ العلمِ فى أنَّه لا يجوزُ دَفْعُ الزَّكاةِ إلى غيرِ هذه الأصنافِ ، إلَّا ما رُوِىَ عن أنسٍ[3] ، والحسنِ ، أنَّهما قالا : ما أعطيت فى الجُسُورِ والطُّرُقِ ، فهى صدقةٌ ماضِيَةٌ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ وذلك لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ ﴾ . و « إنَّمَا » لِلْحَصْرِ تُثْبِتُ المَذْكُورَ ، وتَنْفِى ما عَدَاه ؛ لأنَّها مُرَكَّبةٌ من حَرْفَىْ نَفْىٍ وإثْباتٍ ، فجَرَى مَجْرَى قولِه تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَاحِدٌ ﴾[4] . أى لا إلٰه إلَّا اللهُ . وقولِه تعالى : ﴿ إِنَّمَا أَنتَ مُنذِرٌ ﴾[5] . أى ما أنْتَ إلَّا نَذِيرٌ . وقولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[6] .

١٠٨٦ – مسألة ؛ قال : (الْفُقَراءُ ، وَهُمُ الزَّمْنَى ، والْمَكَافِيفُ الَّذِينَ لَا حِرْفَةَ لَهُمْ ، والْحِرْفَةُ الصِّنَاعَةُ ، ولَا يَمْلِكُونَ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، ولَا قِيمَتَها مِن الذَّهَبِ . والْمَساكِينُ ، وهُمُ السُّؤَّالُ ، وغَيْرُ السُّؤَّالِ ، ومَنْ لَهُم / الْحِرْفَةُ ، إلَّا أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، ولَا قِيمَتَها مِنَ الذَّهَبِ) ٦/٢٢٢و

الفقراءُ والمساكينُ صِنْفانِ فى الزَّكاةِ ، وصِنْفٌ واحدٌ فى سائرِ الأحكامِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الاسْمَيْنِ يَنْطَلِقُ عليهما ، فأمَّا إذا جُمِعَ بين الاسْمَيْنِ ، ومُيِّزَ بين المُسَمَّيَيْنِ تَمَيَّزَا ، وكلاهُما يُشْعِرُ بالحاجةِ والفاقةِ وعَدَمِ الغِنَى ، إلَّا أنَّ الفقيرَ أشدُّ حاجةً من المسكينِ ، من قِبَلِ أنَّ[1] اللهَ تعالى بَدَأَ به ، وإنَّما يَبْدَأُ بالأَهَمِّ فالأَهَمِّ . وبهذا قال الشَّافعىُّ ، والأَصْمَعِىُّ . وذَهَبَ أبو حنيفةَ إلى أنَّ المِسْكينَ أشدُّ حاجةً . وبه قال

(٣) فى م : « عطاء » . وسقط من : ب .

(٤) سورة النساء ١٧١ .

(٥) سورة الرعد ٧ .

(٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

الفَرّاءُ ، وثعلبٌ ، وابنُ قُتَيْبةَ ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴾[٢] . وهو المَطْرُوحُ على التُّرابِ لشِدَّةِ حاجَتِه ، وأنشدُوا[٣] :

أَمَّا الفَقِيرُ الذى كانتْ حَلُوبَتُهُ ... وَفْقَ العِيَالِ فلم يُتْرَكْ له سَبَدُ[٤]

فأَخْبَرَ أَنَّ الفَقِيرَ حَلُوبَتُه وَفْقَ عِيالِه . ولَنا ، أَنَّ اللهَ تعالى بدَأَ بالفقراءِ ، فيدُلُّ على أنَّهم أهَمُّ ، وقال تعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ ﴾[٥] . فأخْبَرَ أن المساكينَ لهم سفينةٌ يعملونَ بها . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِى مِسْكِينًا ، وأَمِتْنِى مِسْكِينًا ، واحْشُرْنِى فِى زُمْرَةِ الْمَسَاكِينِ »[٦] . وكان يَسْتَعِيذُ من الفقرِ ، ولا يجوزُ أن يَسْأَلَ اللهَ تعالى شِدَّةَ الْحاجةِ ، ويَسْتَعِيذَ من حالةٍ أَصْلَحَ منها . ولأنَّ الفَقْرَ مُشْتَقٌّ من فِقَرِ الظَّهْرِ ، فَعِيلٌ بمعنى مَفْعُولٍ ، أى مَفْقُودٌ ، وهو الذى نُزِعَتْ[٧] فِقْرَةُ ظَهْرِه ، فانْقَطَعَ صُلْبُه[٨] . قال الشاعر[٩] :

لَمَّا رَأَى لُبَدُ النُّسُورَ تَطَايَرَتْ ... رَفَعَ القَوَادِمَ كالفَقِيرِ الأَعْزَلِ[١٠]

أى لم يُطِقِ الطيرانَ ، كالذى انْقَطَعَ صُلْبُه . والمِسْكِينُ[١١] مِفْعِيلٌ من السُّكُونِ ، وهو الذى أَسْكَنَتْه الحاجةُ ، ومَنْ كُسِرَ صُلْبُه أَشَدُّ حالًا من الساكنِ . فأمَّا الآيةُ فهى حُجَّةٌ لنا ، فإنَّ نَعْتَ اللهِ تعالى للمِسْكِينِ بكَوْنِه ذا مَتْرَبةٍ ، يدلُّ على أنَّ هذا النَّعْتَ لا يَسْتَحِقُّه بإطْلاقِ اسْمِ المَسْكَنةِ ، كما / يقال : ثَوْبٌ ذو عَلَم . ويجوزُ التعبيرُ بالمسْكِينِ عن ٦/٢٢٢ظ

---

(٢) سورة البلد ١٦ .

(٣) البيت للراعى النميرى ، وهو فى ديوانه ٥٥ .

(٤) السبد : القليل من الشَّعَر . وماله سبد ولا لبد ، محركتان ، أى لا قليل ولا كثير .

(٥) سورة الكهف ٧٩ .

(٦) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٩ / ٢١٣ . وابن ماجه ، فى : باب مجالسة الفقراء ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٣٨١ .

(٧) فى النسخ : « يرعب » تصحيف وتحريف .

(٨) فى ا ، م : « صاحبه » .

(٩) هو لبيد بن ربيعة العامرى . ديوانه ٢٧٤ .

(١٠) لبد : هو السابع من نسور لقمان بن عاد . معمر جاهلى قديم ، زعموا أنه عاش عمر سبعة نسور .

(١١) فى ب ، م : « والسكين » .

الفَقِيرِ ، بقَرِينةٍ وبغيرِ قَرِينةٍ ، والشِّعْرُ أيضًا حُجَّةٌ لنا ، فإنَّه أخْبَرَ أنَّ الذى كانت حَلَوبَتُه وَفْقَ العِيالِ ، لم يُتْرَكْ له[12] سَبَدٌ ، فصارَ فَقِيرًا لا شىءَ له . إذا تَقَرَّرَ هذا ، فالفقيرُ الذى لا يَقْدِرُ على كَسْبٍ ما يَقَعُ مَوْقِعًا من كفايَتِهِ ، ولا له [13]من الأُجْرةِ أو من المالِ الدائمِ ما يقعُ موقعًا من كفايتِهِ ، ولا له[13] خَمْسونَ دِرْهَمًا ، ولا قِيمَتُها من الذهبِ ، مثل الزَّمْنَى والمَكافيفُ وهم العُمْيانُ ، سُمُّوا بذلك لِكَفِّ أبصارِهم ؛ لأنَّ هؤلاءِ فى الغالبِ لا يَقْدِرُونَ على اكْتِسابِ ما يقعُ مَوْقِعًا من كِفايَتِهِم ، وربَّما لا يَقْدِرونَ على شىءٍ أصلًا ، قال الله تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ ٱلَّذِينَ أُحْصِرُواْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِى ٱلْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ ٱلْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ ٱلتَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا ﴾[14] . ومعنى قولِهم : يقَعُ مَوْقِعًا من كِفايَتِهِم . أنَّه يَحْصُلُ به مُعْظَمُ الكِفَايةِ ، أو نِصْفُ الكِفَايةِ مثل مَنْ يَكْفِيه عشرةٌ فيَحْصُلُ له من مَكْسَبِه أو غيرِه خَمْسةٌ فما زادَ ، والذى لا يحصلُ له إلَّا ما لا يقَعُ مَوْقِعًا من كفايَتِه ، كالذى لا يَحْصُلُ له إلَّا ثلاثةٌ أو دونَها ، فهذا هو الفقيرُ ، والأوَّلُ هو[15] المسكينُ ، فيُعْطَى كلُّ واحِدٍ منهما ما يُتِمُّ به كِفَايَتَه ، وتَنْسَدُّ به حاجَتُه ؛ لأنَّ المقْصودَ دَفْعُها وإغْناءُ صاحِبِها ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بذلك . والذى يَسْأَلُ ، ويُحَصِّلُ الكفايةَ أو مُعْظَمَها من مَسْئَلَتِه ، فهو من المَساكِينِ ، لكنَّه يُعْطَى جَمِيعَ كِفايَتِه ، ويُغْنَى عن السُّؤَالِ . فإن قيل : فقد قال النبىُّ ﷺ : « لَيْسَ الْمِسْكِينُ بالطَّوَّافِ الَّذِى تَرُدُّهُ اللُّقْمَةُ واللُّقْمَتَانِ ، ولَكِنَّ الْمِسْكِينَ الَّذِى لَا يَسْأَلُ النَّاسَ ، وَلَا يُفْطَنُ لَهُ فَيُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ »[16] . قُلْنا ، هذا تَجَوُّزٌ ، وإنَّما نَفَى

---

(12) فى ا ، ب ، م : « هم » .

(13-13) سقط من : ب . نقل نظر .

(14) سورة البقرة 273 .

(15) سقط من : ب .

(16) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ لا يسألون الناس إلحافا ﴾ ... ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ لا يسألون الناس إلحافا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى 2 / 153 ، 6 / 40 . ومسلم ، فى : باب المسكين الذى لا يجد غنى ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم 2 / 719 . وأبو داود ، فى : باب من يعطى من الصدقة وحدُّ الغِنى ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود 1 / 379 . والنسائى ، فى : باب تفسير المسكين ، من كتاب الزكاة . المجتبى 5 / 63 ، 64 . والدارمى ، فى : باب المسكين الذى يتصدق عليه ، من=

المَسْكَنَةَ عنه[١٧] مع وُجُودِها فيه حقيقةً ، مُبالَغةً فى إثْباتِها فى الذى لا يَسْأَلُ الناسَ ، كما قال عليه السلام : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بالصُّرَعَةِ ، وَإِنَّمَا / الشَّدِيدُ الَّذِى يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ »[١٨] . وقال : « مَا تَعُدُّونَ الرَّقُوبَ فِيكُمْ ؟ » . قالوا : الذى لا يَعِيشُ له وَلَدٌ . قال : « لَا ، ولٰكِنَّ الرَّقُوبَ الَّذِى لَمْ يُقَدِّمْ مِنْ وَلَدِهِ شَيْئًا »[١٩] . وقال : « مَا تَعُدُّونَ الْمُفْلِسَ فِيكُمْ ؟ » . قالوا : الذى لا دِرْهَمَ له ولا مَتَاعَ . قال : « لَا ، ولٰكِنَّ الْمُفْلِسَ الَّذِى يَأْتِى يَوْمَ الْقِيَامَةِ بحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الْجِبَالِ ، ويَأْتِى وَقَدْ ظَلَمَ هٰذَا ، ولَطَمَ هٰذَا ، وأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هٰذَا ، فَيَأْخُذُ هٰذَا من حَسَنَاتِهِ ، وهٰذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، حَتَّى إذَا نَفِدَتْ حَسَنَاتُهُ ، أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ ، فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يُصَكُّ لَهُ صَكٌّ إلَى النَّارِ »[٢٠] .

٢٢٣/٦ و

فصل : ومَنْ كان ذا مَكْسَبٍ يُغْنِيهِ به نَفْسَه وعِيالَه إنْ كان له عِيَالٌ ، وكان له قَدْرُ كِفايَتِه فى كلِّ يومٍ ، من أجْرِ عَقَارٍ ، أو غَلَّةِ مَمْلُوكٍ أو سائمةٍ ، فهو غَنِىٌّ لا حَقَّ له فى الزكاةِ . وبهذا قال ابنُ عمرَ ، والشَّافعىُّ ، وإسْحاقُ[٢١] . وقال أبو حنيفةَ : إن لم يَمْلِكْ نِصَابًا فله الأَخْذُ منها ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « أَعْلِمْهُم أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً ، تُؤْخَذُ مِنْ

= كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٩ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المساكين ، من كتاب صفة النبى ﷺ . الموطأ ٢ / ٩٢٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٨٤ ، ٤٤٦ ، ٢ / ٣١٦ ، ٤٤٥ ، ٤٥٧ ، ٤٦٩ ، ٥٠٦ .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٣٦ .

(١٩) أخرجه مسلم ، فى : باب فضل من يملك نفسه عند الغضب ... ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٤ / ٢٠١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٨٢ ، ٥ / ٣٦٧ .

(٢٠) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٤ / ١٩٩٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شأن الحساب والقصاص ، من أبواب القيامة . عارضة الأحوذى ٩ / ٢٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٠٣ ، ٣٣٤ ، ٣٧٢ .

(٢١) سقط من : ا ، م .

أغْنِيائِهِم ، فتُرَدُّ فِى فُقَرائِهِمْ »[٢٢] . فجَعَلَ الغَنِىَّ مَن تُؤْخَذُ منه الصَّدَقةُ ، ولا تُؤْخَذُ إلَّا من النِّصابِ . ولأنَّ هذا لا يَمِلْكُ نِصابًا ، ولا قِيمَتَه ، فجازَ له الأخْذُ ، كالذى لا كِفايةَ له . ولَنا ، ما رَوَى عبدُ اللهِ بن عَدِىِّ بن الْخِيَارِ ، أن رَجُلَيْنِ أتَيَا رسولَ اللهِ ﷺ وهو يَقْسِمُ الصَّدَقةَ ، فسألاه شيئًا منها ، فصَعَّدَ بَصَرَه فيهما ، وقال لهما : « إنْ شِئْتُما أعْطَيْتُكُمَا مِنْهَا ، وَلَاحَظَّ فِيهَا لِغَنِىٍّ ، وَلَا لِقَوِىٍّ مُكْتَسِبٍ » . رواه أبو داودَ ، ورواه الإمامُ أحمدُ[٢٢] ، عن يحيى بن سعيد ، عن هِشَامِ بن عُرْوةَ ، عن أبِيه ، عن عُبَيْدِ اللهِ . وقال : هذا أجْوَدُهما[٢٣] إسْنادًا ، ما أجْوَدَه من حديثٍ ، ما أعلمُ رُوِى فى هذا أجْوَدُ من هذا . قيل له : فالحديثُ عن النَّبِىِّ ﷺ : « لا تَحِلُّ الصَّدَقةُ لِغَنِىٍّ ، ولَا لِذِى مِرَّةٍ سَوِىٍّ »[٢٤] ؟ قال : لا أعلمُ فيه شيئًا يَصِحُّ . قيل له : يَرْوِيه سالمُ بن أبى الجَعْدِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، قال : سالمٌ لم يَسْمَعْ من أبى هُرَيرةَ . والغِنَى يَخْتَلِفُ ؛ فمنه غِنًى يُوجِبُ الزكاةَ ، / وغِنًى يَمْنَعُ أخْذَها ، وغِنًى يَمْنَعُ المَسْألَةَ ، ويُخالفُ ما قاسُوا عليه هذا ، فإنَّه مُحْتاجٌ إليها ، والصَّدَقةُ أوْساخُ الناسِ ، فلا تُباحُ إلَّا عندَ الحاجةِ إليها ، وهذا المُخْتَلَفُ فيه لا حاجةَ به إليها ، فلا تُباحُ له .

٦/٢٢٣ظ

فصل : وإن كان الرجلُ صحيحًا جَلْدًا ، وذَكَرَ أنَّه لا كَسْبَ له ، أُعْطِىَ منها ، وقُبِلَ قولُه بغيرِ يَمينٍ ، إذا لم يُعْلَمْ يَقِينُ كَذِبِه ، ولا يُحَلِّفُه ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ أعطَى الرَّجُلَيْنِ اللَّذَينِ سألاه ، ولم يُحَلِّفْهما . وفى بعض رِواياتِه ، أنَّه قال : أتَيْنا النَّبِىَّ ﷺ ، فسألْناه من الصَّدَقةِ ، فصَعَّدَ فينا البَصَرَ وصَوَّبَه[٢٥] ، فرآنا جَلْدَيْنِ ، فقال : « إنْ شِئْتُما أعْطَيْتُكُما » . وذكر الحديث .

فصل : فإن ادَّعى أنَّ له عِيالًا ، فقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : يُقَلَّدُ[٢٦] ويُعْطَى

---

(٢٢) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٧ .

(٢٣) فى الأصل ، ا : « أجودها » .

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٨ .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٦) قلده : أعطاه عطية .

لهم ، كما يُقَلَّدُ فى دَعْوَى حاجَتِه . وقال[27] ابن عَقِيلٍ : عندى لا يُقْبلُ قولُه[28] إلَّا بِبَيِّنةٍ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الْعِيالِ ، ولا تتعذَّرُ إقامةُ البَيِّنةِ عليه ، وفارَق ما إذا ادَّعَى أنَّه لا كَسْبَ له ، فإنَّه يَدَّعِي ما يُوافِقُ الأصْلَ ؛ لأن الأصلَ عدمُ الكَسْبِ والمالِ ، وتتعذَّرُ عليه إقامةُ البَيِّنَةِ عليه . ولو ادَّعَى الفَقْرَ مَنْ عُرِفَ بالغِنَى ، لم يُقْبَلْ قولُه إلَّا بِبَيِّنَةٍ تشْهَدُ بأنَّ مالَه تَلِفَ أو نَفِدَ ؛ لما رُوِىَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لَا تَحِلُّ الْمَسْأَلَةُ إلَّا لِثَلَاثَةٍ ؛ رَجلٍ أصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ لَهُ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِى الْحِجَا مِنْ قَوْمِه لَقَدْ أصَابَتْ فُلَانًا فاقةٌ ، فحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ ، حَتَّى يُصِيبَ قِوامًا مِنْ عَيْشٍ ، أو سَدادًا مِنْ عَيْشٍ »[29] . وهل يُعْتَبَرُ فى البَيِّنةِ على الفقْرِ ثلاثةٌ ، أو يُكْتَفَى باثْنَيْنِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَكْفِى إلَّا ثلاثةٌ ؛ لظاهِرِ الخَبَرِ . والثانى ، يُقْبَلُ قولُ اثْنَيْنِ ؛ لأنَّ قولَهما يُقْبَلُ فى الفَقْرِ بالنِّسْبةِ إلى حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ ، المَبْنِيَّةِ على الشُّحِّ والضِّيقِ ، ففى حَقِّ اللهِ تعالى أوْلَى ، والخبرُ إنَّما وَرَدَ فى حِلِّ المَسْألةِ ، فيُقْتَصرُ عليه . وإن لم يُعْرَفْ له مالٌ ، قُبِلَ قولُه ، ولم يُسْتَحْلَفْ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يَسْتَحْلِفِ الرَّجُلينِ اللَّذَيْنِ رَآهما جَلْدَيْنِ . فإن رآهُ مُتَجمِّلًا / قَبِلَ قولَه أيضًا ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ من ذلك الغِنَى ، بدليلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ يَحْسَبُهُمُ ٱلْجَاهِلُ أَغْنِيَآءَ مِنَ ٱلتَّعَفُّفِ ﴾ . لكن يَنْبَغِى أن يُخْبِرَه أنَّ ما يُعْطِيه من الزَّكاةِ ؛ لئَلَّا يكونَ ممَّن لا تَحِلُّ له الزَّكاةُ . وإن رآه ظاهرَ المَسْكَنةِ ، أعْطاه منها ، ولم يَحْتَجْ[30] أن يُبَيِّنَ له شَرْطَ جَوازِ الأخْذِ ، ولا أنَّ ما يَدْفَعُه إليه زَكاةٌ . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، وقد سُئِلَ عن الرجلِ يَدْفعُ زكاتَه إلى رَجُلٍ : هل يقولُ له : هذه زكاةٌ ؟ فقال : يُعْطِيه ويَسْكُتُ ، ولا يُقَرِّعُه . فاكْتَفَى بظاهِرِ حالِه عن سُؤالِه وتَعْرِيفِه .

٦/٢٢٤و

فصل : وإذا كان للرَّجُلِ بِضاعةٌ يَتَّجِرُ بها ، أو ضَيْعةٌ يَسْتَغِلُّها تَكْفِيه غَلَّتُها ، له

---

(٢٧) فى م : « قال » .

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٩ .

(٣٠) فى ا زيادة : « إلى » .

ولعيالِه ، فهو غَنِىٌّ ، لا يُعْطَى من الصَّدَقةِ شيئا ، وإن لم تَكْفِه ، جاز له الأخْذُ منها قَدْرَ ما يُتِمُّ به الكفايةَ ، وإن كَثُرَتْ قيمةُ ذلك . وقد تقدَّم ذكرُ ذلك فى الزَّكاةِ .

١٠٨٧ - مسألة ؛ قال : (والْعَامِلِينَ عَلَيْهَا[1] ، وَهُمُ الْجُبَاةُ لَهَا ، والْحَافِظُونَ لَهَا)

يعنى العامِلينَ على الزَّكاةِ ، وهم الصِّنْفُ الثالثُ من أصْنافِ الزكاةِ ، وهم السُّعَاةُ الذين يَبْعَثُهُم الإمامُ لأَخْذِها من أرْبابِها ، وجَمْعِها وحِفْظِها ونَقْلِها ، ومَنْ يُعِينُهُم مِمَّنْ يَسُوقُها ويَرْعاها ويَحْمِلُها ، وكذلك الحاسِبُ والكاتِبُ والكَيَّالُ والوَزَّانُ والعَدَّادُ ، وكلُّ مَن يُحْتاجُ إليه فيها فإنَّه يُعْطَى أُجْرَتَه منها ؛ لأنَّ ذلك من مُؤْنَتِها ، فهو كعَلْفِها ، وقد كان النَّبِىُّ ﷺ يَبْعَثُ على الصدقةِ سُعاةً ، ويُعْطِيهم عِمالَتَهم[2] ، فبَعَثَ عمرَ ، ومُعاذًا ، وأبا مُوسَى ، ورَجُلًا من بنى مَخْزُومٍ ، وابنَ اللُّتْبِيَّةِ ، وغيرَهم[3] . وطَلَب منه ابنا عَمِّه الفَضْلُ ابن العباسِ ، وعبدُ المطَّلِبِ بن رَبيعةَ بن الحارثِ ، أن يَبْعَثَهُما ، فقالا : يا رسولَ اللهِ ، لو بَعَثْتَنا على هذه الصدقةِ ، فنُصِيبَ ما يُصِيبُ الناسُ ، ونُؤَدِّىَ إليك ما يُؤَدِّى الناسُ ؟ فأَبَى أن يَبْعَثَهُما ، وقال : « إنَّ هٰذِهِ الصَّدَقَةَ أَوْسَاخُ النَّاسِ »[4] . / وهذه قِصَصٌ ٦/٢٢٤ظ

---

(١) فى م : « على الزكاة » .

(٢) فى م : « عملاتهم » .

(٣) انظر التخريج الذى تقدم فى : ٤ / ١٠٧ ، ١٠٨ . وأضف إليه : ما أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ والعاملين عليها ﴾ ومحاسبة المصدقين مع الإمام ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب احتيال العامل ليهدى ، من كتاب الحيل ، وفى : باب هدايا العمال ، وفى : باب محاسبة الإمام عماله ، من كتاب الأحكام ، وفى : باب من لم يقبل الهدية لعلة ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢ / ١٦٠ ، ٩ / ٣٦ ، ٨٨ ، ٩٥ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والنسائى ، فى : باب من آتاه الله عز وجل مالا من غير مسألة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٧٧ ، ٧٨ . والدارمى ، فى : باب ما يهدى لعمال الصدقة لمن هو ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب فى العامل إذا أصاب فى عمله شيئا ، من كتاب السير . سنن الدارمى ١ / ٣٩٤ ، ٢ / ٢٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٧ ، ٤٠ ، ٥ / ٤٢٣ .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٩ .

اشْتَهَرَتْ ، فصارتْ كالمُتَواتِرِ ، وليس فيه اختلافٌ ، مع ما وَرَدَ من نَصِّ[5] الكتابِ فيه فأغْنَى عن التَّطْوِيلِ .

فصل : ومن شَرْطِ العاملِ أن يكونَ بالغًا عاقلًا أمِينًا ؛ لأنَّ ذلك ضَرْبٌ من الوِلايةِ ، والولايةُ تُشْتَرطُ فيها هذه الخِصالُ ، ولأنَّ الصَّبِيَّ والمجنونَ لا قَبْضَ لهما ، والخائنَ يذهبُ بمالِ الزكاةِ ويُضَيِّعُه على أرْبابِه . ويُشْترطُ إسْلامُه . واختار هذا القاضى . وذكر أبو الخطَّابِ وغيرُه ، أنَّه لا يُشْتَرَطُ إسْلامُه ؛ لأنَّه إجارَةٌ على عَمَلٍ ، فجاز أن يَتَوَلَّاه الكافرُ ، كجِبَايةِ الخَراجِ . وقِيلَ عن أحمدَ فى ذلك رِوَايتان . ولَنا ، أنَّه يُشْتَرَطُ له[6] الأَمانةُ ، فاشْتُرِطَ له الإسْلامُ ، كالشَّهادةِ ، ولأنَّه وِلايةٌ على المسلمين ، فلم يَجُزْ أن يَتَوَلَّاها الكافرُ ، كسائرِ الوِلاياتِ ، ولأنَّ مَنْ ليس من أهلِ الزكاةِ ، لا يجوزُ أن يَتَولَّى العِمالَةَ كالحَرْبِىِّ ، ولأنَّ الكافرَ ليس بأَمِينٍ ، ولهذا قال عمرُ : لا تَأْتَمِنُوهُم وقد خَوَّنَهُم اللهُ تعالى . وقد أنْكرَ عمرُ على أبى مُوسَى تَوْلِيَتَه الكتابةَ نَصْرانِيًّا[7] . فالزكاةُ التى هى رُكْنُ الإسلامِ أَوْلَى . ويُشْترطُ كونُه من غيرِ ذَوِى القُرْبَى ، إلَّا أن يَدْفَعَ إليه أُجْرَتَه من غيرِ الزكاةِ . وقال أصحابُنا : يجوزُ له الأَخْذُ منها ؛ لأنَّها أُجْرَةٌ على عملٍ تجوزُ لِلْغَنِىِّ ، فجازتْ لذَوِى القُرْبَى ، كأُجْرةِ النَّقَّالِ والحافِظِ . وهذا أحد الوَجْهينِ لأَصْحابِ الشافعىِّ . ولَنا ، حديثُ الفضلِ بن العباسِ وعبدِ المُطَّلبِ بن ربيعةَ بن الحارثِ ، حين سألا النَّبِىَّ ﷺ أن يَبْعَثَهما على الصدقةِ ، فأَبَى أن يبْعثَهما ، وقال : « إنَّمَا هٰذِهِ الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ ، وَإنَّهَا لا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلَا لِآلِ مُحَمَّدٍ » . وحديثُ أبى رافعٍ أيضا[8] . وهذا ظاهرٌ فى تحريمِ أَخْذِهِم [9]لها عِمالَةً[9] ، فلا تجوزُ مخالَفتُه . ويفارِقُ النَّقَّالَ والحَمَّالَ والرَّاعِىَ ، فإنَّه يأْخُذُه أُجْرةً لحَمْلِه

---

(5) فى م : « نشر » .

(6) سقط من : ا .

(7) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا ينبغى للقاضى ولا للوالى ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠ / ١٢٧ .

(8) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٠ .

(9-9) فى ا ، م : « العمالة » .

٦/٢٢٥و لا لِعمالتِه . ولا يشترطُ كَوْنُه حُرًّا ؛ لأن العبدَ يحْصُلُ منه المَقْصودُ / كالحُرِّ ، فجازَ أن يكونَ عامِلًا كالحُرِّ . ولا كونُه فَقِيهًا إذا كُتِبَ له ما يأْخُذُه ، وحُدَّ له ، كما كَتَبَ النَّبيُّ ﷺ لعُمَّاله فرائِضَ الصَّدقةِ ، وكما كتَبَ أبو بكرٍ لعُمَّالِه ، أو بَعَثَ معه مَن يُعَرِّفُه ذلك . ولا كَوْنُه فَقِيرًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى جَعَلَ العاملَ صِنْفًا غيرَ الفقراءِ والمساكينِ ، فلا يُشْتَرَطُ وجودُ مَعْناهُما فيه ، كما لا يُشْتَرَطُ معناه فيهما ، وقد رُوِىَ عن النَّبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ ، إلَّا لخَمْسةٍ ؛ لِغَازٍ فِى سَبِيلِ اللهِ ، أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا ، أَوْ لِرَجُلٍ ابْتاعَهَا بِمَالِهِ ، أو لِرَجُلٍ كَانَ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ فَتَصَدَّقَ عَلَى الْمِسْكِينِ ، فَأَهْدَى الْمِسْكِينُ إلَى الغَنِيِّ » . رَواه أبو دَاودَ[١٠] . وذكر أصْحابُ الشافعيِّ أنه تُشْتَرَطُ الحُرِّيةُ ؛ لأنَّ العِمالةَ وِلايةٌ ، فنافَاها الرِّقُّ ، كالقَضاءِ . ويُشْتَرَطُ الفِقْهُ ؛ لِيَعْلَمَ قَدْرَ الواجِبِ وصِفَتَه . ولَنا ، ما ذكَرْناه ، ولا نُسَلِّمُ مُنافاةَ الرِّقِّ للوِلاياتِ الدِّينيَّةِ ، فإنَّه يجوزُ أن يكونَ إمامًا فى الصلاةِ ، ومُفْتِيًا ، ورَاوِيًا للحديثِ ، وشاهِدًا ، وهذه من الوِلَاياتِ الدِّينيَّةِ . وأمَّا الفِقْهُ ، فإنَّما يحتاجُ إليه لِمَعْرِفةِ ما يأْخُذُه ويَتْرُكُه ، ويَحْصُلُ ذلك بالكتابةِ[١١] له ، كما فعَلَ النَّبيُّ ﷺ وصاحِباه ، رَضِىَ اللهُ عنهما .

فصل : والإمامُ مُخَيَّرٌ بين أن يَستأْجِرَ العامِلَ إجارةً صَحِيحةً ، بأَجْرٍ معلومٍ ، إمَّا على مُدَّةٍ معلومةٍ ، وإمَّا على عملٍ معلومٍ ، وبين أن يَجْعَلَ له جُعْلًا معلومًا على عَمَلِه ، فإذا عَمِلَه اسْتَحَقَّ المَشْرُوطَ ، وإن شاءَ بَعَثَه من غيرِ تَسْمِيَةٍ ثم أعْطاهُ ؛ فإنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : بَعَثَنى النَّبيُّ ﷺ على الصَّدَقَةِ ، فلمَّا رَجَعْتُ عَمَّلَنِى ، فقلتُ : أَعْطِه[١٢] أحْوَجَ إليه[١٣] مِنِّى . وذكر الحديثَ[١٤] . فإن تَلِفَتِ الصدقةُ فى يَدِه قبلَ وُصُولِها إلى

---

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٣ .

(١١) فى ا ، م : « بالكتاب » .

(١٢) فى م زيادة : « من » .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٧ ، ١٠٨ .

أَرْبابِها من غيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ، ويَسْتَحِقُّ أُجْرَه من بيتِ المالِ ، وإن لم تَتْلَفْ أُعْطِيَ أَجْرَ عَمَلِه منها ، وإن كان أَكْثَرَ من ثَمَنِها أو أَقَلَّ ، ثم قُسِّم الباقى على أرْبابِه ؛ / لأنَّ ذلك من مُؤْنَتِها ، فجرَى مَجْرَى عَلْفِها ومُداواتِها . وإن رأى الإمامُ أعْطاهُ أُجْرةً من بيتِ المالِ ، أو يَجْعَلُ له رِزْقًا فى[15] بيتِ المالِ ، ولا يُعْطِيه منها شيئا ، فَعَلَ . وإن تَوَلَّى الإمامُ أو الوالِى من[16] قِبَلِه ، أخْذَ الصَّدقةِ وقِسْمَتَها ، لم يَسْتَحِقَّ منها شيئا ؛ لأنَّه يَأْخُذُ رِزْقَه من بيت المالِ .

٦/٢٢٥ظ

فصل : ويجوزُ للإمامِ أن يُوَلِّىَ الساعِىَ جِبايَتَها دون تَفْرِيقِها[17] . ويجوزُ أن يُوَلِّيَهُ جِبايَتَها وتَفْرِيقَها ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ وَلَّى ابنَ اللُّتْبِيَّةِ فقَدِمَ بصَدَقَتِه على النَّبىِّ ﷺ ، فقال : هذا لَكُم ، وهذا أُهْدِىَ لِى[18] . وقال لقَبِيصةَ : « أَقِمْ يا قَبِيصةُ حَتَّى تَأْتِيَنا الصَّدَقَةُ ، فنَأْمُرَ لَكَ بِهَا »[19] . وأمَرَ مُعاذًا أن يأْخُذَ الصدقةَ من أغْنيائِهم فيَرُدَّها فى فُقَرائِهم[20] . ويُرْوَى[21] أن زِيادًا وَلَّى عِمْرانَ بن حُصَيْنٍ الصدقةَ ، فلمَّا جاءَ قِيلَ له : أينَ المالُ ؟ قال : أَوَ للمالِ بَعَثْتَنِى ! أخَذْناها كما كُنَّا نأْخُذُها على عهدِ رسولِ الله ﷺ ، ووَضَعْناها حيثُ كُنَّا نَضَعُها على عهدِ رسولِ الله ﷺ . رواه أبو داودَ[22] . وعن أبى جُحَيْفةَ قال : أتانَا مُصَدِّقُ النَّبىِّ ﷺ ، فأَخَذَ الصَّدقةَ من أغْنِيائِنا ، فوضَعَها فى فُقَرائِنا ، وكنتُ غُلامًا يَتِيمًا ، فأعْطانِى منها قَلُوصًا . أخرَجه التِّرمِذِىُّ[23] .

---

(١٥) فى ب : « من » .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى الأصل ، ب ، م : « تفرقتها » .

(١٨) فى ب ، م : « إلى » .

وانظر ما تقدم فى تخريج حديث ابن اللتبية فى حاشية صفحة ٣١٢ .

(١٩) تقدم تخريج حديث قبيصة فى : ٤ / ١١٩ .

(٢٠) تقدم تخريجه فى : ١ / ٢٧٥ ، ٤ / ٥ .

(٢١) فى ب : « وروى » .

(٢٢) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٣٢ .

(٢٣) تقدم تخريجه فى : ٤ / ٩٧ .

١٠٨٨ – مسألة ؛ قال : (والمُؤَلَّفةُ قُلُوبُهُمْ ، وهُمُ المُشْرِكُونَ المُتَألَّفُونَ عَلَى الإِسْلَامِ)

هذا الصِّنْفُ الرَّابعُ من أصْنافِ الزكاةِ المُسْتَحِقُّون لها . وقال أبو حنيفةَ : انْقَطَعَ سَهْمُهُم . وهو أحدُ أقوالِ الشافعيِّ ؛ لما رُوِىَ أنَّ مُشْرِكًا جاء يَلْتَمِسُ من عمرَ مالًا ، فلم يُعْطِه ، وقال : ﴿ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ ﴾[1] . ولم يُنْقَلْ عن عمرَ ولا عثمانَ ولا عليٍّ أنَّهم أعْطَوْا شيئًا من ذلك ، ولأنَّ اللهَ تعالى أظهرَ الإسلامَ ، وقَمَعَ المُشْرِكِينَ ، فلا حاجةَ بنا إلى التَّأْلِيف . وحكى حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : المُؤَلَّفةُ قد انْقَطَعَ حُكْمُهُم اليومَ . والمَذْهَبُ / على خلافِ ما حكاه حَنْبَلٌ ، ولعلَّ معنَى قولِ أحمدَ : انْقَطَعَ حُكْمُهم . أى لا يُحْتاجُ إليهم فِى الغالبِ ، أو أراد أنَّ الأئِمَّةَ لا يُعْطُونَهم اليوم[2] شيئًا ، فأمَّا إن احتاجَ إليهم جازَ الدَّفْعُ إليهم ، فلا يجوزُ الدفعُ إليهم إلَّا مع الحاجةِ . ولَنا ، على جَوازِ الدَّفْعِ إليهم قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ﴾[3] . وهذه الآيةُ فى سُورة بَراءة ، وهى من[4] آخرِ ما نَزَلَ من القرآنِ على رسولِ اللهِ ﷺ . وقد ثَبَتَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أعْطَى المُؤَلَّفةَ من المشركينَ والمسلمينَ[5] . وأعْطَى أبو بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عَدِيَّ بن حاتمٍ ، وقد قدِمَ عليه بثلاثِمائةِ جَمَلٍ من إبلِ الصَّدَقةِ ، ثَلاثين بَعِيرًا . ومخالفةُ كتابِ اللهِ تعالى ، وسُنَّةِ رسولِه ، واطِّرَاحُهما[6] بلا حُجَّةٍ لا يجوزُ ، ولا يَثْبُتُ النَّسْخُ بتَرْكِ

٢٢٦/٦و

---

(١) سورة الكهف ٢٩ . وفى النسخ : « من شاء فليؤمن » خطأ .

(٢) سقط من : ا .

(٣) سورة التوبة ٦٠ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب قوله : « والمؤلفة قلوبهم » ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٦ / ٨٤ . ومسلم ، فى : باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧٣٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى إعطاء المؤلفة قلوبهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ١٧١ . والنسائى ، فى : باب المؤلفة قلوبهم ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٦٥ .

(٦) فى ا ، م : « واطراحها » .

عمرَ وعثمانَ إعطاءَ المُؤَلَّفةِ ، ولعلَّهم لم يَحْتاجُوا إلى إعطائِهم ، فتَرَكُوا ذلك لعَدَمِ الحاجةِ إليه ، لا لِسُقُوطِه .

فصل : والمُؤَلَّفةُ قُلُوبُهُم ضَرْبانِ ؛ كُفّارٌ ومُسْلِمونَ ، وهم جميعًا السَّادةُ المُطَاعُونَ فى قَوْمِهِم وعَشائِرِهم . فالكُفّارُ ضَرْبانِ ؛ أحدهما ، مَنْ يُرْجَى إسْلامُه ، فيُعْطَى لِتَقْوَى نِيَّتُه فى الإسْلامِ ، وتَمِيلَ نَفْسُه إليه ، فيُسْلِمَ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ يومَ فَتْحِ مَكَّةَ ، أعْطَى صَفوانَ بنَ أُمَيَّةَ الأمانَ ، واسْتَنْظَرَه صَفْوانُ أربعةَ أشْهُرٍ لِيَنْظُرَ فى أمْرِه ، وخَرَجَ معه إلى حُنَيْنٍ ، فلما أعْطَى النَّبِىُّ ﷺ العَطَايَا قال صفوانُ : مالِى ؟ فأوْمأَ النَّبِىُّ ﷺ إلى وادٍ فيه إبِلٌ مُحَمَّلةٌ ، فقال : « هٰذَا لَكَ » . فقال صَفْوانُ[7] : هذا عَطاءُ مَنْ لا يَخْشَى الفَقْرَ[8] . والضربُ الثانى ، مَنْ يُخْشَى شَرُّه ، ويُرْجَى بعَطِيَّتِه كَفُّ شَرِّه وكَفُّ غيرِه معه . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ أنَّ قومًا كانوا يَأْتُونَ النَّبِىَّ ﷺ ، فإنْ أعْطاهُم مَدَحُوا الإسلامَ ، وقالوا : هذا دِينٌ حَسَنٌ . وإن مَنَعَهُم ذَمُّوا وعابُوا[9] . وأمَّا المسلمونَ فأرْبَعةُ / أضْرُبٍ ؛ قومٌ من ساداتِ المُسْلِمينَ لهم نُظَرَاءُ من الكُفّارِ ، ومن المُسلمينَ الذين لهم نِيَّةٌ حَسَنةٌ فى الإسلامِ ، فإذا أُعْطُوا رُجِىَ إسلامُ نُظَرَائِهِم وحُسْنُ نِيَّاتِهِم ، فيجوزُ إعطاؤُهم ؛ لأنَّ أبا بكرٍ رَضِىَ اللهُ عنه ، أعْطَى عَدِىَّ بن حاتِمٍ ، والزِّبْرِقانَ بن بَدْرٍ ، مع حُسْنِ نِيَّاتِهما وإسْلامِهما . الضرب الثانى ، ساداتٌ مُطاعُونَ فى قَوْمِهِمْ يُرْجَى بعَطِيَّتِهم قُوَّةُ إيمانِهِم ، ومُناصَحَتُهم فى الجِهادِ ، فإنهم يُعْطَوْنَ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ أعْطَى عُيَيْنةَ بن حِصْنٍ ، والأقْرَعَ بن حَابِسٍ ، وعَلْقَمةَ بن عُلاثَةَ ، والطُّلَقاءَ من أهلِ مَكَّةَ ، وقال للأنْصارِ : « يا مَعْشَرَ الأنْصارِ عَلامَ تَأْسَوْنَ ؟ عَلَى لُعَاعةٍ[10] مِنَ الدُّنْيا تألَّفْتُ بِها قَوْمًا

٦/٢٢٦ ظ

---

(٧) فى م زيادة : « إن » .

(٨) أخرجه مسلم ، فى : باب ما سئل رسول الله ﷺ شيئا قط ، فقال : لا . وكثرة عطائه ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٨٠٦ .

(٩) انظر إرواء الغليل ٣ / ٣٦٩ .

(١٠) اللعاعة : الخصب والدنيا .

لَا إِيمانَ لَهُمْ ، وَوَكَلْتُكُمْ إِلَى إِيمَانِكُمْ ؟ »[11] . ورَوَى البخاريُّ[12] ، بإسْنادِه عن عَمْرِو بن تَغْلِبَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أعْطَى أُناسًا وتَرَكَ أناسًا ، فبَلَغَه عن الذين تَرَكَ أنَّهم عَتَبُوا ، فصَعَدَ المِنْبَرَ ، فحَمِدَ اللهَ وأثْنَى عليه ، ثم قال : « إنِّى أُعْطِى أُنَاسًا وأَدَعُ أُناسًا ، والَّذى أَدَعُ أَحَبُّ إلَىَّ مِنَ الَّذِى أُعْطِى ، أُعْطِى أُنَاسًا لِمَا فِى قُلُوبِهِم مِنَ الْجَزَعِ والْهَلَعِ ، وأَكِلُ أُنَاسًا إلَى مَا فِى قُلُوبِهِمْ مِنَ الْغِنَى والْخَيْرِ ؛ مِنْهُمْ عَمْرُو بن تَغْلِبَ » . وعن أنَسٍ ، قال : حين أفاءَ اللهُ على رسولِه أمْوالَ هوازِنَ ، طَفِقَ رسولُ اللهِ ﷺ يُعْطِى رِجالًا من قريشٍ مائةً من الإِبِلِ ، فقال ناسٌ من الأنْصارِ : يَغْفِرُ اللهُ لرسولِ اللهِ ﷺ ، يُعْطِى قُرَيْشًا ويَمْنَعُنا ، وسُيُوفُنا تَقْطُرُ من دِمائِهم . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنِّى أُعْطِى رِجالًا [13] حَدِيثِى عَهْدٍ [13] بكُفْرٍ أتَأَلَّفُهُم » . متفقٌ عليه[14] . الضَّرْب الثالث ، قومٌ فى طَرَفِ بِلادِ الإِسْلامِ ، إذا أُعْطُوا دَفَعُوا عَمَّنْ يَلِيهم من المُسْلِمينَ . الضَّرْب الرابع : قومٌ إذا أُعْطُوا أَجْبَوُا الزكاةَ ممَّن لا يُعْطِيها إلَّا أن يَخافَ . [15] وكلُّ هؤلاء [15] يجوزُ الدَّفْعُ إليهم من الزَّكاةِ ؛ لأنَّهم / من المُؤَلَّفةِ قُلُوبُهم ، فيَدْخُلونَ فى عُمُومِ الآيَةِ . ٦/٢٢٧و

---

(١١) أخرجه مسلم ، فى : باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧٣٨ ، ٧٣٩ . والنسائى ، فى : باب المؤلفة قلوبهم ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥ / ٦٥ .

(١٢) فى : باب من قال فى الخطبة بعد الثناء : أما بعد ، من كتاب الجمعة ، وفى : باب ما كان النبى ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم من الخمس ونحوه ... ، من كتاب الخمس ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ إن الإنسان خلق هلوعا ... ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٢ / ١٣ ، ٤ / ١١٤ ، ٩ / ١٩١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٦٩ .

(١٣-١٣) فى الأصل ، ا ، ب : « حديث عهد » . وفى م : « حدثاء عهد » . وفى البخارى : « حديث عهدهم » . والمثبت فى صحيح مسلم .

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما كان النبى ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم من الخمس ونحوه ، من كتاب الخمس . صحيح البخارى ٤ / ١١٤ . ومسلم ، فى : باب إعطاء المؤلفة ومن يخاف على إيمانه ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم . ٢ / ٧٣٣-٧٣٧ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١٦٦ .

(١٥-١٥) فى ا : « فهؤلاء » .

١٠٨٩ – مسألة ؛ قال : (وفِى الرِّقَابِ ، وهُم الْمُكَاتَبُونَ)

لا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خلافًا فى ثُبوتِ سَهْمِ الرِّقَابِ ، ولا يختلفُ المذهبُ فى أنَّ المُكاتَبِينَ من الرِّقابِ يجوزُ صَرْفُ الزَّكاةِ إليهم . وهو قولُ الجمهورِ . وخالَفَهُم مالكٌ ، فقال : إنَّما يُصْرَفُ سَهْمُ الرِّقابِ فى إعْتاقِ العَبِيدِ ، ولا يُعْجِبُنِى أن يُعانَ منها مُكاتَبٌ . وخالفَ أيضا ظاهِرَ الآيةِ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ من الرِّقابِ ، لأنَّه عَبْدٌ ، واللفظُ عامٌّ ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُدْفَعُ إلى المُكاتَبِ جميعُ ما يَحتاجُ إليه لِوَفاءِ كِتَابَتِه ، فإن لم يكُنْ معه شىءٌ ، جاز أن يُدْفَعَ إليه جَمِيعُها . وإن كان معه شىءٌ ، تَمَّمَ له ما يتخلَّصُ به ؛ لأنَّ حاجَتَه لا تَنْدَفِعُ إلَّا بذلك . ولا يُدْفَعُ إلى مَنْ معه وَفاءُ كِتابَتِه شىءٌ ؛ لأنَّه مُسْتَغْنٍ عنه فى وَفاءِ الكِتابةِ . قيل[1] : ولا يُدْفَعُ إليه بحُكْمِ الفَقْرِ شىءٌ[2] ؛ لأنَّه عَبْدٌ . ويجوزُ أن يُدْفَعَ إليه فى كِتَابَتِه قبلَ حُلُولِ النَّجْمِ ؛ لئلَّا يَحِلَّ النَّجْمُ ولا شىءَ معه ، فتَنْفَسِخَ الكِتابةُ . ولا يُدْفَعُ إلى مُكاتَبٍ كافِرٍ شىءٌ ؛ لأنَّه ليس من مَصارِفِ الزَّكاةِ . ولا يُقْبَلُ قولُ المُكاتَبِ[3] إنَّه مُكاتَبٌ إلَّا بِبَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُها ، فإن صَدَّقَه السَّيِّدُ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الحَقَّ فى العَبْدِ لِسَيِّده ، فإذا أقَرَّ بانْتِقالِ حَقِّه عنه قُبِلَ . والثانى ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فى أنه يُواطِئُه لِيَأْخُذَ به المالَ .

فصل : ويجوزُ للسَّيِّدِ دَفْعُ زَكاتِه إلى [4]مُكاتَبِه ؛ لأنَّه قد صار معه فى بابِ المُعَامَلةِ كالأجْنَبِىِّ ، حتى[2] يَجْرِىَ بينهما الرِّبَا ، فصار كالغَرِيمِ يَدْفَعُ زَكاتَه إلى[4] غَرِيمِه . ويجوزُ للمُكاتَبِ رَدُّها إلى سَيِّدِه بحُكْمِ الوَفاءِ ؛ لأنَّها رَجَعَتْ إليه بحُكْمِ الإيفاءِ ، أشْبَه إيفاءَ الغَرِيمِ دَيْنَه بها . قال ابنُ عَقِيلٍ : ويجوزُ دَفْعُ الزكاةِ إلى سَيِّدِ / المُكاتَبِ وَفاءً عن الكِتابةِ . ٦/٢٢٧ظ

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) سقط من : ا .

(٣) فى م : « مكاتب » .

(٤ – ٤) سقط من : ب . نقل نظر .

وهو الأَوْلَى ؛ لأنَّه أعْجَلُ لِعتْقِه ، وأوْصَلُ إلى المَقْصُودِ الذى كان الدَّفْعُ من أجْلِه ، فإنَّه إذا أخذَه المُكاتَبُ قد يَدْفَعُه وقد لا يَدْفَعُه . ونقل حَنْبَلٌ أنَّه قال : قال سُفْيانُ : لا تُعْطِى مُكاتَبًا لك من الزَّكاةِ . قال : وسَمِعْتُ أبا عبدِ الله يقول : وأنا أرَى مثلَ ذلك . وقال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ الله يُسْأَلُ : أيُعْطَى المُكاتَبُ من الزكاةِ ؟ قال : المُكاتَبُ بمَنْزِلةِ العَبْدِ ، فكيفَ يُعْطَى ؟ ومَعْناه - واللهُ أعلمُ - لا يُعْطِى مُكاتَبَهُ من الزَّكاةِ ؛ لأنَّه عَبْدُه ومالُه ، يَرْجِعُ إليه إن عَجزَ[5] ، وإن عَتَقَ فله وَلاؤُه ، ولا تُقْبَلُ شهادَتُه لمُكاتَبِه ، ولا شَهادَةُ مُكاتَبِه له .

١٠٩٠ - مسألة ؛ قال : (وقد رُوِىَ عَنْ أَبِى[1] عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايَةٌ أُخرَى ، أنَّهُ يُعْتِقُ مِنهَا)

اخْتَلَفَتِ الروايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى جَوازِ الإعْتاقِ من الزَّكاةِ ، فرُوِىَ عنه جوازُ ذلك . وهو قولُ ابنِ عباسٍ ، والحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، والعَنْبَرِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، لعُمُومِ قولِ الله تعالى : ﴿ وَفِى الرِّقَابِ ﴾[2] . وهو مُتَناوِلٌ لِلْقِنِّ ، بل هو ظاهِرٌ فيه ، فإنَّ الرَّقَبةَ إذا أُطْلِقَتْ انْصَرَفَتْ إليه ، كقولِه تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[3] . وتَقْدِيرُ الآية ، وفى إعْتاقِ الرِّقابِ . ولأنَّه إعْتاقٌ للرَّقَبةِ ، فجاز صَرْفُ الزَّكاةِ فيه[4] ، كَدَفْعِه فى الكِتابةِ . والرِّوايةُ الأخرَى ، لا يَجُوزُ . وهو قولُ إبراهيمَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّ الآيةَ تَقْتَضِى صَرْفَ الزَّكاةِ إلى الرِّقَابِ ، كقولِه : ﴿ فِى سَبِيلِ اللهِ ﴾[2] يُرِيدُ الدَّفْعَ إلى المُجاهِدِينَ ، كذلك هٰهنا . والعَبْدُ القِنُّ لا يُدْفَعُ إليه شىءٌ .

---

(٥) فى م زيادة : « يرجع إليه » . تكرار .

(١) سقط من : م .

(٢) سورة التوبة ٦٠ .

(٣) سورة النساء ٩٢ ، وسورة المجادلة ٣ .

(٤) فى ا : « إليه » .

قال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى طالبٍ : قد كنتُ أقولُ : يُعْتَقُ من زَكاتِه ، ولكن أهابُه اليومَ ؛ لأنَّه[5] يَجُرُّ الوَلاءَ . وفى موضعٍ آخرَ ، قيل له : فما يُعْجِبُكَ من ذلك ؟ قال : يُعِينُ من ثَمَنِها ، فهو أَسْلَمُ . وقد رُوِىَ نحوُ هذا عن النَّخَعِىِّ ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ ، فإنَّهما قالا : لا يُعْتَقُ من الزَّكاةِ رَقَبةٌ كامِلَةٌ ، لكن يُعْطِى منها فى رَقَبةٍ ، ويُعِينُ مُكاتَبًا . وبه قال أبو حنيفةَ وصاحِبَاه ؛ لأنَّه إذا / أَعْتَقَ من زَكاتِه ، انْتَفعَ بوَلاءِ مَنْ أعْتَقَه ، فكأنَّه صرَفَ الزكاةَ إلى نَفْسِه . وأخَذَ ابنُ عقيلٍ من هذه الرِّواية ، أنَّ أحمدَ رَجَعَ عن القولِ بالإِعْتاقِ من الزَّكاةِ . وهذا – واللهُ أعلمُ – من أحمدَ إنَّما كان على سبيلِ الوَرَعِ ، فلا يقْتَضِى رُجُوعًا ؛ لأنَّ العِلّةَ التى تَمَلَّكَ بها جَرُّ الوَلاءِ ، ومَذْهَبُه أنَّ ما رَجَعَ من الوَلاءِ رُدَّ فى مِثْلِه ، فلا يَنْتَفِعُ إذًا بإعْتاقِه من الزَّكاةِ .

6/228و

فصل : ولا يجوزُ أن يَشْتَرِىَ من زَكاتِه مَنْ يَعْتِقُ عليه بالرَّحِمِ ، وهو كلُّ ذى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فإن فعَل عَتَقَ عليه ، ولم تَسْقُطْ عنه الزَّكاةُ . وقال الحسنُ : لا بأسَ أن يُعْتِقَ أباه من الزَّكاةِ ؛ لأنَّ دَفْعَ الزَّكاةِ لم يَحْصُلْ إلى أبيه ، وإنَّما دَفَعَ الثَّمنَ إلى بائِعِه . ولَنا ، أنَّ نَفْعَ زَكَاتِه عاد إلى أبِيه ، فلم يَجُزْ ، كما لو دَفَعَها إليه ، ولأنَّ عِتْقَه حَصَلَ بنفسِ الشِّراءِ مُجازاةً وصِلَةً للرَّحِمِ[6] ، فلم يَجُزْ أن يَحْتَسِبَ له به عن الزَّكاةِ ، كنَفَقةِ أقارِبِه . ولو أعْتَقَ عَبْدَه المَمْلوكَ[7] له عن زكاتِه ، لم يُجْزِئْه[8] ؛ لأنَّ أداءَ الزَّكاةِ عن كلِّ مالٍ من جِنْسِه ، والعَبْدُ ليس من جِنْسِ ما تَجِبُ الزكاةُ فيه . ولو أعْتَقَ عبدًا (9) عن عَبِيدِ التِّجارةِ (9) ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الواجبَ فى قِيمَتِهِم ، لا فى عَيْنِهم .

فصل : ويجوزُ أن يَشْتَرِىَ من زَكاتِه أسيرًا مُسْلِمًا من أيْدِى المُشْرِكينَ ؛ لأنَّه فَكُّ رَقَبةٍ

(5) فى الأصل ، ب ، م : « ولأنه » .
(6) فى الأصل ، ب : « الرحم » .
(7) فى الأصل : « الملك » .
(8) فى م : « يجز » .
(9 – 9) فى م : « من عبيده للتجارة » .

من الأَسْرِ ، فهو كفَكِّ رَقَبةِ العَبْدِ من الرِّقِّ ، ولأنَّ فيه إعْزازًا للدِّينِ ، فهو كَصَرْفِه إلى المُؤلَّفةِ قُلُوبُهم، ولأنَّه يَدْفَعُه[10] إلى الأسيرِ [11]فى فَكِّ[11] رَقَبتِه، فأشْبَهَ ما يَدْفَعُه إلى الغارِمِ لِفَكِّ رَقبتِه من الدَّيْنِ .

١٠٩١ - مسألة ؛ قال : (فَمَا رَجَعَ مِنَ الْوَلَاءِ رُدَّ فِى مِثْلِهِ)

يَعْنِى يُعْتِقُ به أيضا . وبهذا قال الحسنُ ، وإسحاقُ . وقال أبو عُبَيْدٍ : الوَلاءُ للمُعْتِقِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « إنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[1] . وقال مالكٌ : وَلاؤُه لسائرِ المسلمينَ ؛ لأنَّه مالٌ لا مُسْتَحِقَّ له ، أشْبَهَ مالَ مَنْ لا وارِثَ له . وقال العَنْبرِىُّ : يجْعَلُه فى بيتِ المالِ للصَّدَقاتِ ؛ لأنَّ عِتْقَه من الصَّدَقةِ ، فوَلاؤُه يَرْجِعُ إليها ، ولأنَّ عِتْقَه / بمالٍ هو ٦/٢٢٨ظ للهِ ، والمُعْتِقُ نائبٌ عن اللهِ تعالى فى الشِّراءِ والإعْتاقِ ، فلم يكُنِ الوَلاءُ له ، كما لو تَوَكَّلَ فى الإعْتاقِ ، وكالسَّاعِى إذا اشْتَرَى من الزَّكاةِ رقبةً وأعْتَقَها ، ولأنَّ الوَلاءَ أثَرُ الرِّقِّ ، وفائدةٌ من المُعْتَقِ ، فلم يَجُزْ أن يَرْجِعَ إلى المُزَكِّى ، لإفْضائِه إلى أن يَنْتَفِعَ بزَكاتِه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ الوَلاءَ له . وقد سَبَق ذلك فى بابِ الوَلاءِ .

فصل : ولا يَعْقِلُ عنه . اخْتارَه الخَلَّالُ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرَى ، أنَّه يَعْقِلُ عنه . اختارَها أبو بكرٍ ؛ لأنَّه مُعْتِقٌ ، فيَعْقِلُ عنه ، كالذى أعْتَقَه من مالِه ، وإنَّما لم يأْخُذْ مِيراثَه بالوَلاءِ ؛ لئلَّا يَنْتَفِعَ بزَكاتِه ، والعَقْلُ عنه ليس بانْتفاعٍ ، فيَبْقَى[2] على الأصْلِ . ولَنا ، أنَّه لا وَلاءَ عليه، فلم يَعْقِلْ عنه، كما لو كان وَكِيلًا فى العِتْقِ، ولأنَّه لا يَرِثُه، فلم يَعْقِلْ عنه ، كما لو اخْتَلَفَ دِينُهما ، وما ذَكَرَه يَبْطُلُ بالوَكِيلِ والسَّاعِى إذا أعْتَقَ من الزَّكاةِ .

---

(١٠) فى ب : « دفعه » .

(١١-١١) فى م : « لفك » .

(١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٣٥٩ .

(٢) فى ا : « فبقى » .

١٠٩٢ ـ مسألة ؛ قال : (والْغارِمِينَ)

وهم المَدِينُونَ العاجِزُونَ عن وَفاءِ دُيُونِهم[١] . هذا الصِّنْفُ السادسُ من أصْنافِ مَصارِفِ[٢] الزَّكاةِ . ولا خلافَ فى اسْتِحْقاقِهم ، وثُبوتِ سَهْمِهِم ، وأنَّ المَدِينينَ العاجزِينَ عن وفاءِ دُيونِهم منهم ، لكنْ إن غَرِمَ فى مَعْصِيةٍ ، مثل أن يَشْتَرِىَ خَمْرًا ، أو يَصْرِفَه فى زِناءٍ أو قِمارٍ أو غِناءٍ ونحوِه ، لم يُدْفَعْ إليه قبلَ التَّوبةِ شىءٌ ؛ لأنَّه إعانةٌ على المَعْصيةِ ، وإن تابَ ، فقال القاضى : يُدْفَعُ إليه . واختارَه ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ إيفاءَ[٣] الدَّيْنِ الذى فى الذِّمَّةِ ليس من المَعْصيةِ ، بل يجبُ تَفْرِيغُها ، والإعانةُ على الواجبِ قُرْبةٌ لا مَعْصِيةٌ ، فأشْبَهَ مَن أتْلَفَ مالَه فى المعاصِى حتى افْتَقَرَ ، فإنَّه يُدْفَعُ إليه من سَهْمِ الفُقراءِ . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، لا يُدْفَعُ إليه ؛ لأنَّه اسْتَدانَه للمَعْصِيةِ ، فلم يُدْفَعْ إليه ، كما لو لم يَتُبْ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ أن يَعُودَ إلى الاسْتِدانةِ للمعاصِى ، ثِقَةً منه بأنَّ دَيْنَه يُقْضَى ، بخلافِ مَن أتْلَفَ مالَه فى المعاصِى ، فإنه يُعْطَى لِفَقْرِه ، لا لِمَعْصِيَتِه .

فصل : ولا يُدْفَعُ / إلى غارمٍ كافرٍ ؛ لأنَّه ليس من أهلِ الزَّكاةِ ، ولذلك لا يُدْفَعُ إلى فقيرِهم ولا مُكاتَبِهم . وإن كان من ذوِى القُرْبَى ، فقال أصحابُنا : يجوزُ الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّ عِلَّةَ مَنْعِه من الأخذِ منها لِفَقْرِه صِيانَتُه[٤] عن أكْلِها ، لكَوْنِها أوْساخَ الناسِ ، وإذا أخَذَها لغُرْمِه ، فصَرَفَها إلى الغُرَماءِ ، فلا يَنالُه دَناءَةُ وَسَخِها ، ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لعُمومِ النُّصُوصِ فى مَنْعِهم من أخْذِها ، وكَوْنِها لا تَحِلُّ لهم ، ولأنَّ دَناءةَ أخْذِها تَحْصُلُ ، سواءٌ أكَلَها أو لم يأكُلْها ، ولا يُدْفَعُ منها[٥] إلى غارمٍ له ما يَقْضِى به غُرْمَه ؛ لأنَّ الدَّفْعَ إليه لحاجَتِه ، وهو مُسْتَغْنٍ عنها .

٦/٢٢٩و

---

(١) فى الأصل ، ا : « دينهم » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) فى م : « إيفاء » .

(٤) فى ب ، م : « صيانة » .

(٥) سقط من : ب .

فصل : ومن الغارمينَ صِنْفٌ يُعْطَوْنَ مع الغِنَى ، وهو مَن[٦] غَرِمَ لإصْلاحِ ذاتِ البَيْنِ ، وهو أن يَقَعَ بين الحَيَّيْنِ وأهلِ القَرْيَتينِ عداوةٌ وضَغائِنُ ، يَتْلَفُ فيها نَفْسٌ أو مالٌ ، ويَتَوَقَّفُ صُلْحُهُم على مَنْ يَتَحَمَّلُ ذلك ، فيَسْعَى إنسانٌ فى الإصْلاحِ بينهم ، ويَتَحَمَّلُ الدِّماءَ التى بينهم والأموالَ ، فيُسَمَّى ذلك حَمَالَة ، بفتح الحاء ، وكانت العربُ تَعْرِفُ ذلك ، وكان الرجلُ منهم يَتَحَمَّلُ الحَمَالةَ ، ثم يَخْرُجُ فى القبائلِ فيَسْأَلُ[٧] حتى يُؤَدِّيَها ، فوَرَدَ الشَّرْعُ بإباحةِ المَسْألةِ فيها ، وجَعَلَ لهم[٨] نصيبًا من الصَّدقةِ ، فرَوَى قَبِيصةُ بن المُخارِق ، قال : تَحَمَّلْتُ حَمالةً ، فأتَيْتُ النَّبِىَّ ﷺ ، وسأَلْتُه فيها ، فقال : « أَقِمْ يَا قَبِيصَةُ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ ، فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا » . ثم قال : « يَاقَبِيصَةُ ، إنَّ المَسْألَةَ لا تَحِلُّ إلَّا لِثَلَاثَةٍ ؛ رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمالَةً فَيَسْأَلُ فِيهَا حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكُ ، ورَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَاجْتَاحَتْ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ قِوامًا مِنْ عَيْشٍ ، ورَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ[٩] ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِى الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ ، لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ[١٠] ، أو قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ ، وَمَا سِوَى ذلِكَ فَهُوَ سُحْتٌ يَأْكُلُها صَاحِبُهَا سُحْتًا يَوْمَ الْقِيامَةِ » . أخْرجهُ مُسْلِمٌ[١١] .

٢٢٩/٦ظ ورَوَى أبو سعيدٍ الخُدْرِىُّ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا تَحِلُّ / الصَّدقةُ لِغَنِىٍّ ، إلَّا لِخَمْسَةٍ »[١٢] . ذَكَرَ منهم[١٣] الغارِمَ . ولأنَّه إنَّما يُقْبَلُ ضَمانُه وتَحَمُّلُه إذا كان مَلِيًّا ، وبه حاجةٌ إلى ذلك مع الغِنَى ، وإن أدَّى ذلك من مالِه ، لم يكُنْ له أن يأخُذَ ؛ لأنَّه قد سَقَطَ

---

(٦) سقط من : م .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) فى ب ، م : « له » .

(٩) فى م زيادة : « له » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٩ .

(١٢) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٣ .

(١٣) فى م : « منها » .

الغُرْمُ ، وإن استَدانَ وأدَّاها ، جازَ له الأخذُ ؛ لأنَّ الغُرْمَ باقٍ ، والمطالبةَ قائمةٌ ، والفَرْقُ بين هذا الغُرْمِ والغُرْمِ لِمَصْلحةِ نَفْسِه ، أنَّ هذا الغُرْمَ يُؤْخَذُ[14] لحاجَتِنا إليه لإطْفاءِ الثَّائرةِ ، وإخْمادِ الفِتْنةِ ، فجاز له الأخذُ مع الغِنَى ، كالغازِى والمُؤلَّفِ والعامِلِ[15] . والغارمُ لمصلحةِ نَفْسِه يأخذُ لِحَاجةِ نفسِه ، فاعْتُبِرَتْ حاجَتُه وعجزُه ، كالفقيرِ والمِسْكينِ والمُكاتَبِ وابنِ السَّبِيلِ . وإذا كان الرجلُ غَنِيًّا ، وعليه دَيْنٌ لمصلحةٍ لا يُطِيقُ قضاءَه ، جاز أن يُدْفَعَ إليه ما يُتِمُّ به قضاءَه ، مع ما زاد عن حَدِّ الغِنَى . فإذا قُلْنا : الغِنَى يحصلُ بخَمْسِينَ دِرْهَمًا . وله مائةٌ ، وعليه مائةٌ ، جاز أن يُدْفَعَ إليه[16] خَمْسُونَ ، لِيَتِمَّ قَضاءُ المائةِ من غيرِ أن يَنْقُصَ غِناهُ . قال أحمدُ : لا يُعْطَى مَنْ عنده خَمْسونَ دِرْهمًا أو حِسابُها من الذَّهَبِ ، إلَّا مَدِينًا ، فيُعْطَى دَيْنَه ، وإن كان يُمْكِنُه قضاءُ الدَّيْنِ من غيرِ نَقْصٍ من الغِنَى لم يُعْطَ شَيْئًا .

فصل : وإذا أراد الرجلُ دَفْعَ زَكَاتِه إلى الغارِمِ ، فله أن يُسَلِّمَها إليه لِيَدْفَعَها إلى غَرِيمِه ، وإن أحَبَّ أن يَدْفَعَها إلى غَرِيمِه قضاءً عن دَيْنِه ، فعن أحمدَ فيه رِوَايتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ ذلك . نَقَلَ أبو الحارثِ ، قال : قلتُ لأحمدَ : رَجُلٌ عليه أَلْفٌ ، وكان على رَجُلٍ زكاةُ مالِه أَلْفٌ ، فأدَّاها عن هذا الذى عليه الدَّيْنُ ، يجوزُ هذا من زكاتِه ؟ قال : نعم ، ما أرى بذلك بأْسًا . وذلك لأنَّه دَفَعَ الزكاةَ فى قَضاءِ دَيْنِه ، فأشْبَهَ ما لو دَفَعَها إليه فَقَضَى[17] بها دَيْنَه . والثانية ، لا يجوزُ دَفْعُها إلى الغريمِ . قال أحمدُ : أحَبُّ إلىَّ أن يَدْفَعَه إليه ، حتى يَقْضِيَ هو عن نَفْسِه . قيل : هو مُحْتاجٌ يخافُ أن يَدْفَعَه إليه ، فيأْكُلَه / ، ولا يَقْضِيَ دَيْنَه . قال : فقُلْ له يُوَكِّلْه حتى يَقْضِيَه . فظاهرُ هذا أنَّه لا يَدْفَعُ الزكاةَ إلى الغَرِيمِ إلَّا بوَكالةِ الغارمِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ إنَّما هو على الغارِمِ ، فلا يَصِحُّ قضاؤُه إلَّا

٦/٢٣٠و

(١٤) رسم الكلمة فى النسخ : « يأخذ » .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) فى م : « له » .

(١٧) فى ا ، ب : « فقضى » . وفى م : « يقضى » .

بتَوْكِيلِه . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ هذا على الاسْتِحْبابِ ، ويكونُ قضاؤُه عنه جائزًا . وإن كان دافعُ الزكاةِ الإمامَ ، جاز أن يَقْضِيَ بها دَيْنَه من غيرِ تَوْكِيلِه ؛ لأنَّ للإمامِ ولايةً عليه في إيفاءِ الدَّيْنِ ، ولهذا يُجْبِرُه عليه إذا امْتَنَعَ منه . وإذا ادَّعَى الرَّجلُ أنَّ عليه دَيْنًا ، فإن كان يَدَّعِيه من جِهَةِ إصْلاحِ ذاتِ البَيْنِ ، فالأمْرُ فيه ظاهرٌ لا يكادُ يَخْفَى ، فإنْ خَفِيَ ذلك ، لم يُقْبَلْ منه إلَّا بِبيِّنةٍ ، وإن غَرِمَ لمَصلحةِ نَفْسِه ، لم يُدْفَعْ إليه إلَّا بِبيِّنةٍ أيضا ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الغُرْمِ ، وبَراءةُ الذِّمَّةِ . فإن صَدَّقَه الغَرِيمُ ، فعلى وَجْهَيْنِ ، كالمُكاتَبِ إذا صَدَّقَه سَيِّدُه .

١٠٩٣ ـ مسألة ؛ قال : (وسَهْمٌ فِي سَبِيلِ اللهِ ، وَهُمُ الْغُزَاةُ يُعْطَوْنَ مَا يَشْتَرُون بِهِ الدَّوَابَّ والسِّلَاحَ ، ومَا يَتَقَوَّوْنَ[١] بِهِ على العَدُوِّ ، وَإنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ)

هذا الصِّنْفُ السَّابِعُ من أهلِ الزَّكاةِ . ولا خلافَ في استِحقاقِهم ، وبَقاءِ حُكْمِهِم . ولا خلافَ في أنَّهم الغُزاةُ في سَبِيلِ اللهِ ؛ لأنَّ سبيلَ اللهِ عندَ الإطْلاقِ هو الغَزْوُ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَقَاتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾[٢] . وقال : ﴿ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾[٣] . وقال : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًّا ﴾[٤] . وذكر ذلك في غيرِ موضعٍ من كتابِه ، فإذا تَقَرَّرَ هذا ، فإنَّهم يُعْطَوْنَ وإن كانوا أغْنِياءَ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةَ وصاحِبَاه : لا تُدْفَعُ إلَّا إلى فَقيرٍ . وكذلك قالوا في الغارِمِ لإصْلاحِ ذاتِ البَيْنِ ؛ لأنَّ من تجِبُ عليه الزَّكاةُ لا تَحِلُّ له ، كسائرِ أصْحابِ السُّهْمان ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لمُعاذٍ : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيائِهِم ، فَتُرَدُّ فِي فُقَرائِهِمْ »[٥] . فظاهرُ هذا

---

(١) في م : « ينفقون » .

(٢) سورة البقرة ٢٤٤ .

(٣) سورة الصف ١١ . وفي النسخ : « ويجاهدون في سبيله » خطأ .

(٤) سورة الصف ٤ .

(٥) تقدم تخريجه في : ١ / ٢٧٥ ، ٤ / ٥ .

أنَّها كلَّها / تُرَدُّ فى الفُقَراءِ ، والفقيرُ عندهم مَنْ لا يَمْلِكُ نِصابًا . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِىٍّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ ؛ لِغَازٍ فِى سَبِيلِ اللهِ ، أَوْ لِغَارِمٍ »[6] . وذكر بَقِيَّتَهُم . ولأنَّ اللهَ تعالى جعلَ الفُقَراءَ والمساكينَ صِنْفَيْنِ ، وعَدَّ بعدَهما سِتَّةَ أَصْنافٍ ، فلا يَلْزَمُ وُجودُ صِفَةِ الصِّنْفَيْنِ فى بَقِيَّةِ الأَصْنافِ ، كما لا يَلْزَمُ وُجودُ صِفَةِ الأَصْنافِ فيهما[7] ، ولأنَّ هذا يأخذُ[8] لحاجَتِنا إليه ، [9]فأشْبَهَ العامِلَ والمُؤَلَّفَ ، فأمَّا أهلُ سائرِ السُّهْمان ، فإنَّما يُعْتَبَرُ فَقْرُ مَنْ يأخُذُ لحاجَتِه إليها ، دُونَ مَن يأخُذُ لحاجَتِنا إليه[9] . فإذا تقرَّرَ هذا ، فمن قال ، إنَّه يُرِيدُ الغَزْوَ . قُبِلَ قولُه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إقامةُ البَيِّنَةِ على نِيَّتِه[10] ، ويُدْفَعُ إليه قَدْرُ كفايَتِه لمُؤْنَتِه وشراءِ السلاحِ والفَرَسِ إن كان فارِسًا ، وحُمُولَتِه ودِرْعِه ولِبَاسِه[11] وسائرِ ما يَحْتاجُ إليه لغَزْوِه ، وإن كَثُرَ ذلك ، ويُدْفَعَ إليه دَفْعًا مُراعًى ، فإن لم يَغْزُ رَدَّه ؛ لأنَّه أخَذَه كذلك ، وإن غَزا وعادَ ، فقد مَلَكَ ما أخَذَه ؛ لأنَّنا دَفَعْنا إليه قدرَ الكِفايةِ ، وإنَّما ضَيَّقَ على نَفْسِه . وإن مَضَى إلى الغَزْوِ ، فرَجَعَ من الطَّرِيقِ ، أو لم يُتِمَّ الغَزْوَ الذى دُفِعَ إليه من أجْلِه ، رَدَّ ما فَضَلَ معه ؛ لأنَّ الذى أخَذَ لأجْلِه لم يَفْعَلْه كلَّه .

فصل : وإنَّما يَسْتَحِقُّ هذا السَّهْمَ الغُزاةُ الذين لا حَقَّ لهم فى الدِّيوانِ ، وإنَّما يَتَطَوَّعُونَ بالغَزْوِ إذا نَشِطُوا . قال أحمدُ : ويُعْطَى ثَمَنَ الفَرَسِ ، ولا يَتَوَلَّى مُخْرِجُ الزَّكاةِ شِراءَ الفَرَسِ بنَفْسِه ؛ لأنَّ الواجبَ إيتاءُ الزكاةِ ، فإذا اشْتَراها بنفسِه ، فما أعْطَى إلَّا فَرَسًا . وكذلك الحُكْمُ فى شِراءِ السلاحِ والمُؤْنةِ . وقال فى موضعٍ آخَرَ : إن دَفَعَ ثمنَ الفَرَسِ وثمنَ السيفِ ، فهو أعْجَبُ إلَىَّ ، وإن اشْتَراهُ هو ، رَجَوْتُ أن يُجْزِئَه . وقال

---

(٦) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٩ .

(٧) فى ا ، م : « فيها » .

(٨) فى ا ، ب ، م زيادة : « لحاجته إليها دون أن يأخذ » .

(٩ – ٩) سقط من : ب .

(١٠) فى النسخ : « بينته » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١١) فى ب ، م : « وأثاثه » .

أيضا : يشْتَرِى الرجلُ من زكاتِه الفرسَ ، ويَحْمِلُ عليه[12] ، والْقَناةَ ، ويُجَهِّزُ الرجلَ ؛ وذلكَ لأنَّه قد[13] صَرَفَ الزكاةَ / فى سَبِيلِ اللهِ ، فجاز ، كما لو دَفَعَها إلى الْغازِى فاشْتَرَى بها . قال : ولا يشْتَرِى من الزَّكاةِ فَرَسًا يصيرُ حَبِيسًا فى سبيلِ الله ، ولا دارًا ، ولا ضَيْعةً يُصَيِّرُها [14]فى سَبِيلِ اللهِ[14] للرِّباطِ ، ولا يَقِفُها على الْمُجاهِدِينَ ؛ لأنَّه لم يُؤْتِ الزَّكاةَ لأحدٍ ، وهو مأمورٌ بإتيائِها . قال : ولا يَغْزُو الرجلُ على الفَرَسِ الذى أخْرَجه من زكاةِ مالِه ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَجْعَلَ نفسَه مَصْرَفًا لزكاتِه ، كما لا يجوزُ أن يَقْضِىَ بها دَيْنَه ، ومتى أخَذَ الفرسَ التى اشْتُرِيَتْ بمالِه ، صار مَصْرَفًا لزكاتِه .

٢٣١/٦و

١٠٩٤ – مسألة ؛ قال : (ويُعْطَى أيضًا فِى الْحَجِّ ، وَهُوَ مِنْ[1] سَبِيلِ اللهِ)

ويُرْوَى هذا عن ابنِ عباسٍ . وعن ابنِ عمرَ ، الحَجُّ مِن[2] سبيلِ الله . وهو قولُ إسْحاقَ ؛ لما رُوِىَ أنَّ رَجُلًا جَعل ناقةً له فى سبيلِ الله ، فأرادتِ امْرأتُه الحجَّ ، فقال لها النبىُّ ﷺ : « ارْكَبِيهَا ، فَإِنَّ الْحَجَّ مِن[2] سَبِيلِ اللهِ » . [3]رواه أبو داوُدَ بمَعْناه[3] . وعن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، روايةٌ أُخرَى ، لا يَصْرِفُ منها فى الحَجِّ . وبه قال مالكٌ ، واللَّيْثُ[4] ، وأبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهذا أصَحُّ ؛ لأنَّ سَبِيلَ اللهِ عندَ الإطلاقِ إنَّما يَنْصَرِفُ إلى الجهادِ ، فإنَّ كلَّ ما فى القرآنِ [5]مِنْ ذكرِ[5] سَبِيلِ اللهِ ، إنَّما أُرِيدَ به الجهادُ ، إلَّا اليَسيرَ ، فيجبُ أن يُحْمَلَ ما فى هذه الآيةِ على

---

(١٢) فى ب : « عليها » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤ – ١٤) سقط من : الأصل ، ا .

(١) فى ا ، ب : « فى » .

(٢) فى ب ، م : « فى » .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل ، م . وأخرجه أبو داود ، فى : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١ / ٤٥٩ .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥ – ٥) فى ا : « فى » .

ذلك ؛ لأنَّ الظَّاهرَ إرادَتُه به ، ولأنَّ الزكاةَ إنَّما تُصرَفُ إلى أحدِ رَجُلَيْنِ ، مُحْتاجٍ إليها ، كالفقراءِ والمساكينِ وفى الرِّقابِ والغارمينَ لقضاءِ دُيُونِهم ، أو مَنْ يَحْتاجُ إليه المسلمونَ ، كالعاملِ والغازِى والمُؤلَّفِ والغارمِ لإصلاحِ ذاتِ البَيْنِ . والحَجُّ من الفقيرِ لا نَفْعَ للمسلمينَ فيه ، ولا حاجةَ بهم إليه ، ولا حاجةَ به أيضا إليه ، لأنَّ الفقيرَ لا فرضَ عليه فيُسْقِطَه ، ولا مَصْلحةَ له فى إيجابِه عليه ، وتَكْلِيفُه مَشَقَّةً قد رَفَّهَه اللهُ منها ، وخَفَّفَ عنه إيجابَها ، وتَوْفيرُ هذا القدرِ على ذوِى الحاجةِ من سائرِ الأصْنافِ ، أو دَفْعُه فى مصالحِ المسلمينَ / أَوْلَى . وأمَّا الخبرُ فلا يَمْنَعُ أن يكونَ الحَجُّ من[6] سَبيلِ اللهِ ، والمرادُ بالآيةِ غيرُه ؛ لما ذكَرْنا . وقال الشافعىُّ : يجوزُ الدَّفْعُ إلى مَنْ أرادَ الحَجَّ ، لكَوْنِه ابنَ سبيلٍ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ابنَ السَّبِيلِ المُسافِرُ المُنْقَطِعُ به ، ومَنْ[7] هو مُحْتاجٌ إلى السَّفَرِ ، ولا حاجةَ بهذا إلى هذا السَّفَرِ . فإن قُلْنا : يُدْفَعُ فى الحَجِّ منها . فلا يُعْطَى إلَّا بشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ مِمَّنْ ليس له ما يَحُجُّ به سِوَاها ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِىٍّ ، وَلَا لِذِى مِرَّةٍ سَوِىٍّ »[8] . وقال : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِىٍّ ، إلَّا لِخَمْسَةٍ »[9] . ولم يَذْكُرِ الحاجَّ منهم . ولأنَّه يأخُذُ لحاجَتِه ، لا[10] لحاجةِ المسلمينَ إليه[11] ، فاعْتُبِرَتْ فيه الحاجةُ ، كمَن يأخُذُه[12] لفقرِه . والثانى ، أن يأخُذَه[13] لحَجَّةِ الفَرْضِ . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّه يحتاجُ إلى إسْقاطِ فَرْضِه وإبْراءِ ذِمَّتِه ، أمَّا التَّطَوُّعُ فله مَنْدُوحةٌ عنه . وقال القاضى : ظاهرُ كلامِ أحمدَ جوازُ ذلك فى الفَرْضِ والتَّطَوُّعِ معا . وهو ظاهرُ قولِ

٦/٢٣١ظ

---

(٦) فى ب : « فى » .

(٧) فى م : « أو من » .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٩ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٠٣ .

(١٠) فى ب : « ولا » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) فى الأصل ، م : « يأخذ » .

(١٣) فى ب ، م : « يأخذ » .

الْخِرَقِىّ ؛ لأنَّ الكلَّ من[14] سبيلِ اللهِ ، ولأنَّ الفقيرَ لا فَرْضَ عليه ، فالحَجَّةُ منه كالتَّطَوُّعِ ، فعلى هذا يجوزُ أن يُدْفَعَ إليه ، ما يَحُجُّ به حَجَّةً كاملةً ، وما يُغْنِيه فى حَجِّه ، ولا يجوزُ أن يَحُجَّ من زكاةِ نَفْسِه ، كما لا يجوزُ أن يَغْزُوَ بها .

١٠٩٥ – مسألة ؛ قال : (وابْنُ السَّبِيلِ ، وهُوَ الْمُنْقَطِعُ بِهِ ، وَلَهُ الْيَسَارُ فِى بَلَدِهِ ، فَيُعْطَى مِنَ الصَّدَقَةِ ما يُبَلِّغُهُ)

ابنُ السبيلِ : هو الصِّنْفُ الثامنُ من أهلِ الزَّكاةِ . ولا خلافَ فى اسْتِحقاقِه وبَقاءِ سَهْمِه ، وابنُ السَّبِيلِ هو المُسافِرُ الذى ليس له ما يَرْجِعُ به إلى بَلَدِه ، وله اليَسارُ فى بَلَده ، فيُعْطَى ما يَرْجِعُ به . وهذا قولُ قَتادةَ . ونحوُه قَوْلُ[1] مالكٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقال الشافعىُّ : هو المُجتازُ[2] ، ومَنْ يريدُ إنْشاءَ السَّفَرِ إلى بلدٍ أيضا ، فيُدْفَعُ إليهما ما يَحتاجانِ إليه لذهابِهما وعَوْدِهما ؛ لأنَّه يُرِيدُ السَّفَرَ لغيرِ مَعْصِيةٍ ، فأشْبَهَ / المُجتازَ . ٢٣٢/٦و ولَنا ، أنَّ ابنَ السَّبِيلِ هو المُلازِمُ للطَّرِيقِ الكائنِ فيها ، كما يقالُ : وَلَدُ اللَّيْلِ . للذى يُكْثِرُ الخُرُوجَ فيه ، والقاطِنُ فى بَلَدِه ليس فى طَرِيقٍ ، ولا يَثْبُتُ له حكمُ الكائنِ فيها ، ولهذا لا يَثْبُتُ له حكمُ السَّفَرِ بِهَمِّه به[3] دون فِعْلِه[4] ، ولأنَّه لا يُفْهَمُ من ابنِ السَّبِيلِ إلَّا الغريبَ دون مَنْ هو فى وَطَنِه ومَنْزِله ، وإن انْتَهَتْ به الحاجةُ مُنْتَهاها ، فوَجَبَ أن يُحْمَلَ المذكورُ فى الآيةِ على الغريبِ دونَ غيرِه ، وإنَّما يُعْطَى وله اليَسارُ فى بَلَدِه ؛ لأنَّه عاجزٌ عن الوُصُولِ إليه ، والانتفاعِ به ، فهو كالمَعْدُومِ فى حَقِّه . فإن كان ابنُ السبيلِ فقيرًا فى بَلَدِه ، أُعْطِىَ لفقْرِه وكَوْنِه[5] ابنَ سَبِيلٍ[6] ، لوُجُودِ الأمْرَيْنِ فيه ، ويُعْطَى لكَوْنِه ابنَ سَبِيلٍ قَدْرَ ما

---

(١٤) فى الأصل ، م : « فى » .
(١) فى ا ، م : « قال » .
(٢) فى النسخ : « المختار » .
(٣) سقط من : ب .
(٤) فى ب : « مثله » .
(٥) فى ا ، ب : « ولكونه » .
(٦) فى م : « السبيل » .

يُوصِّلُه إلى بَلَدِه ؛ لأنَّ الدَّفْعَ إليه للحاجةِ إلى ذلك ، فتُقَدَّرُ بقَدْرِه ، وتُدْفَعُ إليه وإن كان مُوسِرًا فى بَلَدِه إذا كان مُحْتاجًا فى الحالِ ؛ لأنَّه عاجزٌ عن الوُصُولِ إلى مالِه ، فصار كالمَعْدُومِ . وإن فَضَلَ معه شىءٌ بعد رُجُوعِه إلى بَلَدِه رَدَّه[7] ؛ لأنَّه أَخَذَه للحاجةِ ، وقد حَصَلَ الغِنَى بدونِه ، فأشْبَهَ ما لو أَخَذَ لِغَزْوٍ فلم يَغْزُ . وإن كان فقيرًا ، أو اتَّصَلَ بسَفَرِه الفَقْرُ ، أَخَذَ الفَضْلَ لفَقْرِه ؛ لأنَّه إن فات الاسْتِحْقاقُ بكونِه ابنَ سبيلٍ ، حَصَلَ الاسْتِحقاقُ بجِهَةٍ أُخْرَى . وإن كان غارِمًا ، أَخَذَ الفَضْلَ لِغُرْمِه .

فصل : وإن كان ابنُ السبيلِ مُجْتازًا يريدُ بلدًا غيرَ بَلَدِه ، فقال أصحابُنا : يجوزُ أن يُدْفَعَ إليه ما يَكْفِيه فى مُضِيِّه إلى مَقْصَدِه ورُجُوعِه إلى بَلَدِه ؛ لأنَّ فيه إعانةً على السفرِ المُباحِ ، وبلوغ الغرضِ الصَّحِيحِ ، لكنْ يُشْتَرَطُ كَوْنُ السَّفَرِ مُباحًا ، إمَّا قُرْبةً كالحَجِّ والجهادِ وزيارةِ الوالدَيْنِ ، أو مُباحًا كطَلَبِ المَعَاشِ والتِّجاراتِ . فأمَّا المَعْصِيةُ فلا يجوزُ الدَّفْعُ إليه فيها ؛ لأنَّه إعانةٌ عليها ، وتَسَبُّبٌ إليها ، فهو كفِعْلِها ، فإنَّ وَسِيلةَ الشىءِ جاريَةٌ مَجْراهُ . وإن كان السَّفَرُ / للنُّزْهةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يُدْفَعُ إليه ؛ لأنَّه غيرُ مَعْصِيةٍ . والثانى ، لا يُدْفَعُ إليه ؛ لأنَّه لا حاجةَ به إلى هذا السفرِ . ويَقْوَى عندى أنَّه لا يجوزُ الدفعُ للسَّفَرِ إلى غيرِ بَلَدِه ؛ لأنَّه لو جاز ذلك لجازَ للمُنْشِئِ للسَّفَرِ من بَلَدِه ، ولأنَّ هذا السَّفَرَ إن كان لجِهادٍ ، فهو يأْخُذُ له[8] من سَهْمِ فى[9] سبيلِ اللهِ ، وإن كان حَجًّا فغيرُه أهَمُّ منه . وإذا لم يَجُزِ الدَّفْعُ فى هٰذَيْنِ ، ففى غيرِهما أَوْلَى . وإنَّما وَرَدَ الشَّرْعُ بالدَّفْعِ إليه للرُّجُوعِ إلى بلدِه ؛ لأنَّه أمرٌ تدعُو حاجَتُه إليه[10] ولا غِنَى به عنه ، فلا يجوزُ إلْحاقُ غيرِه به ؛ لأنَّه ليس فى مَعْناه ، فلا يجوزُ قياسُه عليه ، ولا نصَّ فيه ، فلا يثبتُ جَوازُه لعَدَمِ النَّصِّ والْقِياسِ .

٢٣٢/٦ظ

---

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ا ، ب .

(٩) سقط من : ا ، م .

(١٠) سقط من : م .

فصل : وإذا ادَّعَى الرجلُ أنّه ابنُ سَبِيلٍ[11] ، ولم يُعْرَفْ ذلك ، لم يُقْبَلْ إلَّا بِبيِّنةٍ . وإن ادَّعَى الحاجةَ ، ولم يكُنْ عُرِفَ له مالٌ فى مكانِه الذى هو به ، قُبِلَ قولُه من غير بَيِّنةٍ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُه معه . وإن عُرِفَ له مالٌ فى مكانِه ، لم تُقْبَلْ دَعْواه للفقرِ إلَّا بِبيِّنةٍ ، كما لو ادَّعَى إنسانٌ المَسْكنةَ .

فصل : وجملةُ مَنْ يأخُذُ مع الغِنَى خَمْسةٌ ؛ العاملُ ، والمُؤَلَّفُ قَلْبُه ، والْغازِى ، والْغارِمُ لإِصْلاحِ ذاتِ البَيْنِ ، وابنُ السَّبِيلِ الذى له اليَسَارُ فى بَلَدِه . وخَمْسةٌ لا يُعْطَوْنَ إلَّا مع الحاجةِ ؛ الفقيرُ ، والمسكينُ ، والمُكاتَبُ ، والغارِمُ[12] لمصلحةِ نَفْسِه[12] فى مُباحٍ ، وابنُ السَّبِيلِ . وأربعةٌ يأخذونَ أخْذًا مُستَقِرًّا ، لا يَلْزَمُهُم رَدُّ شىءٍ بحالٍ ؛ الفقيرُ ، والمِسْكينُ ، والعاملُ ، والمُؤَلَّفُ . وأربعةٌ يأخذونَ أخْذًا غيرَ مُسْتَقِرٍّ ؛ المُكاتَبُ ، والغارِمُ ، والغازِى ، وابنُ السَّبِيلِ .

فصل : ومَنْ سافرَ لِمَعْصِيةٍ ، فأرادَ الرُّجوعَ إلى بلدِه ، لم يُدْفَعْ إليه ، مالم يَتُبْ . فإن تاب ، احْتَمَلَ جوازَ الدفعِ إليه ؛ لأنَّ رُجُوعَه ليس بمَعْصِيةٍ ، فأشْبَهَ رُجوعَ غيرِه ، بل ربَّما كان رُجُوعُه إلى بلدِه تَرْكًا للمَعْصِيَةِ ، وإقلاعًا / عنها ، كالعاقِّ يُرِيدُ الرُّجوعَ إلى أبوَيْه ، والْفارِّ من غَرِيمِه أو امرأتِه[13] يريدُ الرُّجوعَ إليهما . ويَحْتَمِلُ أن لا يُدْفَعَ إليه ؛ لأنَّ سَبَبَ ذلك المَعْصِيةُ ، فأشْبَهَ الغارِمَ فى المَعْصِيَةِ .

٦/٢٣٣و

١٠٩٦ – مسألة ؛ قال : (ولَيْسَ عَلَيْهِ أنْ يُعْطِىَ لِكُلِّ هٰؤُلَاءِ الأصْنَافِ ، وإنْ كَانُوا مَوْجُودِينَ ، إنَّمَا عَلَيْهِ أنْ لَا يُجَاوِزَهُمْ[1])

وذلك لأنَّ الآيَةَ إنَّما سِيقَتْ لبَيانِ مَنْ يجوزُ الصَّرْفُ إليه ، لا لإيجابِ الصَّرْفِ إلى

---

(١١) فى م : « السبيل » .

(١٢–١٢) فى ب : « لمصلحته » .

(١٣) فى ا : « وامرأته » .

(١) فى ب : « يتجاوزهم » .

الجميع ، بدليلِ أنّه لا يجبُ تَعْميمُ كلِّ صِنْفٍ بها . وقد ذَكَرَ اللهُ تعالى فى آيةٍ أُخْرى صَرْفَها إلى صنفٍ واحدٍ ، فقال سُبحانَه : ﴿ إن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِىَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾[2] . وقال النَّبىُّ ﷺ لمُعاذٍ حين بَعَثه إلى اليَمَنِ : « أَعْلِمْهُم أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ ، فَتُرَدُّ فى فُقَرَائِهِمْ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . فلم يَذْكُرْ فى الآيةِ ولا فى[4] الخبرِ إلَّا صِنفًا واحدًا . وقال النَّبىُّ ﷺ لَقبيصةَ حين تَحَمَّلَ حَمالةً : « أَقِمْ يا قَبِيصَةُ ، حَتَّى تَأْتِينَا الصَّدَقَةُ ، فنَأْمُرَ لَكَ بِهَا »[5] . فذَكَرَ دَفْعَها إلى صِنْفٍ واحدٍ[6] ، وهو من الغارِمينَ . وأمَرَ بنى زُرَيْقٍ بدَفْعِ صَدَقتِهم إلى سَلَمةَ بن صَخْرٍ . رواه أبو داودَ[7] . وهو شَخْصٌ واحدٌ . وبَعَثَ إليه علىٌّ رضى الله عنه بذُهَيْبةٍ فى تُرْبَتِها ، فقَسَّمَها بين المُؤَلَّفةِ قُلوبُهم[8] ، وهم صِنْفٌ واحدٌ . والآثارُ فى هذا كثيرةٌ ، تَدُلُّ على أنَّ النَّبىَّ ﷺ لم يكُنْ يَعْتَقِدُ فى كلِّ صَدَقةٍ ثابتةٍ دَفْعَها إلى جميعِ الأصنافِ ، ولا تَعْمِيمَهُم بها ، بل كان يَدْفعُها إلى مَنْ تَيَسَّرَ من أَهْلِها ، وهذا هو اللائقُ بحِكْمةِ الشَّرْعِ وحُسْنِه ، إذ غيرُ جائزٍ أن يُكَلِّفَ اللهُ سبحانَه مَنْ وَجَبَتْ عليه شاةٌ ، أو صاعٌ من البُرِّ ، أو نِصْفُ مِثْقالٍ ، أو خمسةُ دَراهِمَ ، دَفْعَها إلى ثمانيةَ عشرَ نَفْسًا ، أو أحدًا وعشرينَ ، أو أربعةً وعشرينَ / نَفْسًا ، من ثمانيةِ أصنافٍ ، لكلِّ ثلاثةٍ منهم ثُمُنُها ، والغالبُ تَعَذُّرُ وُجودِهم فى الإقليمِ العظيمِ ، وعَجْزُ السلطانِ عن إيصالِ مالِ بيتِ المالِ مع كَثْرتِه إليهم على هذا الوَجْهِ ، فكيفَ يُكَلِّفُ اللهُ سبحانه وتعالى كلَّ مَنْ وَجَبَتْ عليه زكاةٌ جَمْعَهم

٦/٢٣٣ظ

---

(٢) سورة البقرة ٢٧١ .

(٣) تقدم تخريجه فى : ١ / ٢٧٥، ٤ / ٥ .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٩ .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٣ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦٣ ، ١٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٧ .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٢٨ .

وإعطاءَهم ، وهو سبحانه القائلُ : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[9] . وقال : ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[10] . وقال : ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[11] . وأظُنُّ مَنْ قال بوُجوبِ دَفْعِها على هذا الوَجْه إنَّما يقولُه بلسانِه ،[12]ولا يفْعَلُه[12] ، ولا يَقْدِرُ على فِعْلِه ، وما بَلَغنا أنَّ النَّبيَّ ﷺ فَعَلَ هذا فى صَدَقةٍ من الصَّدقاتِ ، ولا أحدًا من خُلَفائِه ، ولا من صحابَتِه ، ولا غيرِهم ، ولو كان هذا هو الواجبَ فى الشريعةِ المُطَهَّرةِ لما أغْفَلُوه ، ولو فَعَلُوه مع مَشَقَّتِه لنُقِلَ وما أُهْمِلَ ، إذ لا يجوزُ على أهلِ التَّواتُرِ إهْمالُ نَقْلِ ما تَدْعُو الحاجةُ إلى نَقْلِه ، سِيَّما مع كثرةِ مَنْ تَجِبُ عليه الزكاةُ ، ووُجودِ ذلك فى كلِّ زمانٍ ، وفى كلِّ[13] مصرٍ[14] وبلدٍ ، وهذا أمرٌ ظاهرٌ ، وقد سَبَقَتْ هذه المسألةُ والكلامُ[15] فيها فيما تقدَّم[16] .

فصل : ويُسْتَحَبُّ تَفْرِيقُها[17] على ما أمْكَنَ من الأصْنافِ ، ليَخْرُجَ من الخلافِ ، وتَعْمِيمُ مَنْ[18] أمْكَنَ مِنْ كلِّ صِنْفٍ . فإن كان المُتَوَلِّى لتَفْرِيقِها السَّاعِى ، استُحِبَّ إحصاءُ أهلِ السُّهْمان من عَمَلِه ، حتى يكونَ فَراغُه من قَبْضِ الصَّدقاتِ بعد تَناهِى أسْمائِهم ، وأنْسابِهم ، وحاجاتِهم ، وقَدْرِ كِفاياتِهم ، لتكونَ تَفْرِقَتُه عَقِيبَ جَمْعِ الصَّدَقةِ . ويَبْدَأُ بإعطاءِ العاملِ ؛ لأنَّه يأخُذُه على طريقِ المُعاوضةِ ، فكان استِحقاقُه

---

(٩) سورة الحج ٧٨ .

(١٠) سورة البقرة ١٨٥ .

(١١) سورة البقرة ٢٨٦ .

(١٢-١٢) سقط من : م .

(١٣) فى الأصل ، ا ، ب : « وكل » .

(١٤) فى ا : « عصر » .

(١٥) سقطت الواو من : م .

(١٦) فى : ٤ / ١٢٧-١٣١ .

(١٧) فى ب ، م : « تقديمها » .

(١٨) فى ب : « ما » .

أَقْوَى ، ولذلك إذا عَجَزَتِ الصَّدقةُ عن أَجْرِه ، تُمِّمَ له من بيتِ المالِ ، ولأنَّ ما يأخُذُه أجرٌ . وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَه قبْلَ أنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ »[19] . ثم بالأَهَمِّ فالأَهَمِّ ، وأَهَمُّهم أَشَدُّهم[20] حاجةً ، فإن كانت الصَّدقةُ تَفِى بحاجـةِ / جميعِهِـم ، أُعْطِى كلُّ إنسانٍ منهم قَدْرَ ما يَدْفَعُ به حاجَتَه ، فيُعطِى الفقيرَ ما يُغْنِيه ، وهو ما تَحْصُلُ له به الكفايةُ فى عامِه ذلك ، له ولعِيالِه ، ويُعْطِى المسكينَ ما تَتِمُّ به الكِفايةُ ، إلَّا أن يُعطِيَه من الذَّهَبِ أو الوَرِقِ[21] ، ففيه رِوَايتان ؛ إحْداهما ؛ يُعْطِيه[22] ما تَتِمُّ به الكفايـةُ ، والثانية ، لا يَزِيدُه[23] على خَمْسينَ دِرْهمًا ، أو قِيمَتِها من الذَّهَبِ ، إلَّا أن يكـونَ له عِيالٌ ، فيَدْفَعَ إليه لكلِّ واحدٍ منهم خمسينَ درهمًا ، ويدفَعَ إلى العاملِ قَدْرَ أجْرِه ، وإلى الغارمِ ما يَقْضِى به غُرْمَه ، وإلى المُكاتَبِ ما يُوفِى[24] كِتابَتَه ، والغازِى يُعْطَى ما يَحْتاجُ إليه لمُؤْنةِ غزْوِه ، وابنُ السَّبِيلِ ما يُبَلِّغُه إلى بَلَدِه . وإن نَقَصَتِ الصَّدقةُ عن كِفَايَتِهِم ، فَرَّقَ فيهم على حسَبِ ما يَرَى . ويُسْتَحَبُّ أن لا يَنْقُصَ من كلِّ صنفٍ عن أقَلِّ من ثلاثةٍ ؛ لأنَّهم أقلُّ الجَمْعِ ، إلَّا العاملَ ، فإنَّه يكونُ واحدًا . وإن فَضَلَتِ الصَّدَقةُ عن كِفايَتِهِم ، نَقَلَ الفاضِلَ إلى أقْرَبِ البلادِ إليه . وإن كان المُتَوَلِّى لتَفْرِيقِها رَبُّها ، فيُسْتَحَبُّ أن يَبْدأَ بأهْلِها من أهْلِه ، ويُفَرِّقَها فى الأَهَمِّ فالأَهَمِّ ، وهو من اشْتَدَّتْ حاجَتُه ، وقَرُبَ منه نَسَبُه ، ويُعطِى مَنْ أمْكَنَه .

فصل : وإن اجْتَمعَ فى واحدٍ سَبَبانِ ، يجوزُ الأخْذُ بكلِّ واحدٍ منهما مُنْفَرِدًا ، كالفقيرِ الغارِمِ ، أُعْطِىَ بهما جميعًا ، فيُعْطَى ما يَقْضِى[25] غُرْمَـه ، ثم يُعطَـى ما يُغْنِيـه ؛ لأنَّ

---

(19) تقدم تخريجه فى : 8 / 17 .

(20) فى م : « أشد » .

(21) فى ا ، ب : « والورق » .

(22) سقط من : ب .

(23) فى م : « يزيد » .

(24) فى م زيادة : « به » .

(25) فى ا زيادة : « به » .

الشَّخْصَ الذى فيه المَعْنَيانِ كشَخْصَيْنِ ، وُجِدَ فى كلِّ واحِدٍ منهما أحدُ المَعْنَيَيْنِ ، فَيَسْتَحِقُّ بهما كالمِيراثِ لابْنِ عَمٍّ هو زَوْجٌ أو أَخٌ من أمٍّ ، ولو أوْصَى لِقَرابَتِه وللفُقراءِ ، اسْتَحقَّ القَرِيبُ الفقيرُ سَهْمَيْنِ .

١٠٩٧ – مسألة ؛ قال : (ولا يُعْطَى مِنَ الصَّدَقَةِ لِبَنِى هَاشِمٍ)

ولا لمَوالِيهم ، ولا للوالِدَيْنِ وإن عَلَوْا ، ولا للوَلَدِ وإن سَفَلَ . ولا للزَّوْجِ ، ولا للزَّوجةِ ، ولا لمَنْ تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، ولا لكافرٍ ، ولا لمملوكٍ ، إلَّا أن يكونُوا / من العاملينَ ٦/٢٣٤ظ عليها[1] ، فيُعْطَوْنَ بحقِّ ما عَمِلُوا ، ولا لِغَنِىٍّ ، وهو الذى يَمْلِكُ خمسينَ درهمًا أو قِيمَتَها من الذهبِ . هذه المسائلُ قد تكرَّرت[2] ، وذكرْنا شَرْحَها فى بابِ الزكاةِ[3] ، بما أغْنَى عن إعادَتِه هٰهُنا .

١٠٩٨ – مسألة ؛ قال : (وإذا تَوَلَّى الرَّجُلُ إخْراجَ زَكَاتِهِ ، سَقَطَ العَامِلُونَ[1])

وذلك لأنَّ العاملَ إنَّما يأخُذُ أجْرَ عِمالَتِه ، فإذا أخْرَجَ الرجلُ زكاةَ نَفْسِه ، لم يكُنْ ثَمَّ عاملٌ عليها ، ولا مَنْ يَسْتَحِقُّ أجرًا ، فيَسْقُطُ[2] سَهْمُه . واللهُ أعلم .

فصل : فى جَوائزِ السُّلْطانِ ، كان الإمامُ أبو عبدِ الله ، رَحْمةُ الله عليه ، يتورَّعُ عنها ، ويَمْنَعُ بَنِيه وعَمَّه من أخْذِها ، وهَجَرَهُم حين قَبِلُوها ، وسَدَّ الأبوابَ بينه وبينهم حين أخذُوها ، ولم يكُنْ يأكُلُ مِنْ بُيوتِهِم شيئا ، ولا يَنْتَفِعُ بشىءٍ يُصْنَعُ عندَهم . وأمَرَهُم

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) فى ب : « كررت » .

(٣) فى : ٤ / ٩٨–١٢٧ .

(١) فى ا : « العامل » .

(٢) فى الأصل ، ب : « فسقط » .

بالصَّدقةِ بما أخذُوه . وإنَّما فَعَلَ ذلك ، لأنَّ أموالَهم تختَلِطُ بما يأخُذُونه من الحرامِ من الظُّلْمِ وغيرِه ، فيَصيرُ شُبْهةً ، وقد قال النَّبيُّ ﷺ : « الْحَلَالُ بَيِّنٌ ، والْحَرامُ بَيِّنٌ ، وبَيْنَ ذٰلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ ، لَا يَعْلَمُها كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ (٣) اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وعِرْضِهِ ، وَمَنْ وَاقَعَ الشُّبُهاتِ (٣) أَوْشَكَ أَنْ يَقَعَ فِي الْحَرَامِ ، كالرَّاتِعِ حَوْلَ الْحِمَى ، يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ »[٤] . وقال النَّبيُّ ﷺ : « دَعْ ما يُرِيبُكَ إِلَى مَالَا يُرِيبُكَ »[٥] . واحْتَجَّ أحمدُ بأنَّ جماعةً من الصحابةِ تَنَزَّهُوا عن مالِ السُّلْطانِ ؛ منهم حُذَيْفةُ ، وأبو عُبَيْدةَ ، ومعاذٌ ، وأبو هُرَيْرةَ ، وابنُ عُمَرَ . ولم يَرَ أبو عبدِ اللهِ ذلك حرامًا ؛ فإنَّه سُئِلَ ، فقِيلَ له : مالُ السُّلْطانِ حَرَامٌ ؟ فقال : لا ، وأحَبُّ إلىَّ أن يتنزَّه عنه . وفى روايةٍ قال : ليس أحدٌ من المسلمينَ إلَّا ولَه فى هذه الدَّراهِمِ حَقٌّ ، فكيف أقولُ إنَّها سُحْتٌ ؟ وقد كان الحسنُ ، والحسينُ ، وعبدُ اللهِ بن جَعْفَرٍ ، وكثيرٌ من الصَّحابةِ ، يَقْبَلُونَ جوائزَ مُعاوِيةَ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا بأْسَ بجوائزِ / السُّلْطانِ ، ما يُعْطِيكُم من الحلالِ أكْثَرُ مما يُعْطِيكُم من الحَرَامِ[٦] . وقال : لا تسأَلِ السلطانَ شيئًا ، فإن أعْطاكَ فخُذْ ؛ فإنَّ ما فى بيتِ المالِ من الحلالِ أكثرُ ممَّا فيه من الْحَرامِ[٦] . ورَوَى[٧] عمرُ بن شَبَّةَ[٨] النُّمَيْرِيُّ[٩] فى « كتابِ القضاءِ » أنَّ الحسنَ ، وابنَ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىَّ ، دخلُوا على عمرَ بن هُبَيْرةَ ، فأمَرَ لكلِّ واحِدٍ منهم بألِفِ دِرْهمٍ (١٠ ألِف درهمٍ ١٠) ، وأمَرَ للحسنِ بألْفَىْ درهمٍ ، فقَبَضَ

٦/٢٣٥ و

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٧٢ .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٧٣ .

(٦) ذكره صاحب كنز العمال ٤ / ٥٨٤ ، عن ابن جرير ووكيع .

وقد سبق فى : ٢ / ٢٩٧ .

(٧) فى ا زيادة : « عن » .

(٨) فى النسخ : « شيبة » .

(٩) فى م : « البحترى » .

وهو عمر بن زيد (شبة) بن عبيدة النميرى ، المؤرخ المحدث ، توفى سنة أربع وستين ومائتين . تاريخ التراث العربى ١ / ٢ / ٢٠٥-٢٠٧ .

(١٠-١٠) سقط من : م .

الحسنُ جائزَته ، وأَبى ابنُ سيرِينَ أن يَقْبِضَ ، فقال لِابنِ سيرِينَ : مالَكَ لا تَقْبِضُ ؟ قال : حتى يَعُمَّ الناسَ . فقال الحسنُ : واللهِ لو عَرَضَ لَكَ ولى لِصٌّ ، فأَخذَ رِدائِى ورِداءَك ، ثم بَدَا له أن يَرُدَّ علىَّ رِدائِى ، كنت أقولُ : لا أقْبَلُ رِدائِى حتى تَرُدَّ على ابنِ سيرِينَ رِدَاءَه ؟ كنتُ أُحِبُّ أن تكونَ أفْقَه ممَّا أنتَ يا ابْنَ سيرِينَ . ولأنَّ جوائِزَ السلطانِ لها وَجْهٌ فى الإباحةِ والتَّحْلِيلِ ، فإنَّ له جِهاتٍ كثيرةً من الفَىْءِ والصَّدقةِ وغيرِهما .

فصل : وقال أحمدُ[11] : جوائزُ السلطانِ أحَبُّ إلىَّ من الصدقةِ . يعنى أنَّ الصَّدقةَ أوْساخُ الناسِ ، صِينَ عنها النَّبىُّ ﷺ وآلُه ، لِدَناءَتِها ، ولم يُصانُوا عن جَوائزِ السُّلطانِ . وسُئِلَ أحمدُ عَمَّنْ عامَلَ السلطانَ فرَبِحَ ألْفًا ، وآخرَ أجازَه السُّلْطانُ بألْفٍ ، أيُّهُما أحَبُّ إليكَ ؟ قال : الجائِزةُ . وذلك لأنَّ الذى يَرْبَحُ عليه[12] ألْفًا ، لا يَرْبَحُها فى الغالِبِ إلَّا بنوْعٍ من التَّدْلِيسِ والغَبْنِ الفاحِشِ ، والجائزةُ عَطاءٌ من الإمامِ برِضَاه[13] ، لا تَدْلِيسَ فيها ولا غَبْنَ . وقال أحمدُ : إذا كان بيْنَكَ وبين السلطانِ رَجُلٌ . يعنى فهو أحَبُّ إلىَّ من أخْذِه منه . وذلك لأنَّ الوَسائِطَ كلَّما كَثُرَتْ ، قَرُبَتْ إلى الحِلِّ ؛ لأنَّها مع البُعْدِ تَتَبدَّلُ ، وتَحْصُلُ فيها أسبابٌ مُبِيحَةٌ ، واللهُ سبْحانَه أعلمُ .

(١١) فى ا ، ب زيادة : « فى » .
(١٢) سقط من : ب .
(١٣) فى ب زيادة : « لأنه » .

/ كتاب النِّكاح

النِّكاحُ فى الشَّرْعِ : هو عَقْدُ التَّزويج ، فعندَ إطْلاقِ لَفْظِه يَنْصرِفُ إليه ، ما لم يَصْرِفْهُ عنه دَلِيلٌ . وقال القاضى : الأشْبَهُ بأَصْلِنا أنَّه حقيقةٌ فى العَقْدِ والوَطْءِ جميعًا ؛ لقَوْلِنا بتَحْرِيمِ مَوْطُوءَةِ الأبِ من غيرِ تَزْويجٍ ، لدُخولِه فى قولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ مَا نَكَحَ آباؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾[1] . وقيل : بل هو حَقِيقةٌ فى الوَطْءِ ، مَجازٌ فى العَقْدِ ، تقولُ العربُ : أنْكَحْنَا الْفِرَا ، فسَنَرَى . أى أضْرَبْنا فَحْلَ حُمُرِ الوَحْشِ أُمَّه ، فسَنَرَى ما يَتَوَلَّدُ منهما . يُضْرَبُ مثلا للأمْرِ يَجْتَمِعُون عليه ، ثم يَتفَرَّقونَ[2] عنه[3] . وقال الشاعر :

ومن أَيِّمٍ قد أَنْكَحَتْنا رِمَاحُنا ... وأُخْرَى على خالٍ وعَمٍّ تَلَهَّفُ[4]

والصَّحِيحُ ما قُلْنا ؛ لأنَّ الأشْهَرَ اسْتِعمالُ لَفْظةِ النِّكاحِ بإزاءِ العَقْدِ فى الكِتابِ والسُّنَّةِ ولسانِ أهلِ العُرْفِ . وقد قيل : ليس فى الكتابِ لَفْظُ نِكاحٍ بمعنى الوَطْءِ ، إلَّا قولُه : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[5] . ولأنَّه يَصِحُّ نَفْيُه عن الوَطْءِ ، فيُقال : هذا سِفَاحٌ وليس بِنِكَاحٍ . ويُرْوَى عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ ، لَا مِنْ سِفَاحٍ »[6] . ويُقال . عن السُّرِّيَّةِ : ليست بزَوْجةٍ ، ولا مَنْكُوحةٍ . ولأنَّ النِّكاحَ أحدُ

---

(١) سورة النساء ٢٢ .

(٢) فى الأصل : « يفترقون » .

(٣) مجمع الأمثال ٣ / ٣٧٦ .

(٤) فى ب : « قد أنكحتها » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم ، من كتاب النكاح . سنن البيهقى ٧ / ١٩٠ . وأورده=

اللَّفظَيْنِ اللَّذَيْنِ يَنْعَقِدُ بهما عَقْدُ النكاحِ ، فكان حقيقةً فيه ، كاللَّفظِ الآخرِ . وما ذكَره القاضى يُفْضِى إلى كونِ اللفظِ مُشْتَرَكًا وهو على خلافِ الأصْلِ ، وما ذكَره الآخَرُون يدلُّ على الاسْتِعْمالِ فى الجُمْلَةِ ، والاستعمالُ فيما قُلْنا أكْثَرُ وأشْهَرُ ، ثم لو قُدِّرَ كَوْنُه مجازًا فى العَقْدِ لَكان اسْمًا عُرْفِيًّا ، يَجِبُ صَرْفُ اللفظِ عند الإطْلاقِ إليه ؛ لشُهْرَتِه ، كسائرِ الأسماءِ العُرْفِيَّةِ .

فصل : والأصلُ فى مَشْرُوعِيَّةِ النِّكاحِ الكتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[7] . الآية . وقوله تعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾[8] . وأمَّا السُّنَّةُ فقولُ النَّبِيِّ ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ ، وَأَحْصَنُ لِلفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[9] . فى آيٍ وأخبارٍ سِوَى ذلك كثيرةٍ . وأجْمَعَ المسلمونَ على أنَّ النِّكاحَ مَشْرُوعٌ . واختلَفَ أصحابُنا فى وُجوبِه ؛ فالمَشْهورُ فى المَذْهَبِ أنَّه ليس بواجِبٍ ، إلَّا أن يَخافَ أحدٌ على نَفْسِه الوُقُوعَ / فى مَحْظُورٍ بتَرْكِه ، فيَلْزَمُه إعْفافُ نَفْسِه . وهذا قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ . وقال أبو بكرٍ[10] عبدُ العزيزِ : هو واجبٌ . وحكاه عن أحمدَ . وحكى

٢/٧و

= الهيثمى ، فى : باب فى كرامة أصله ، من كتاب علامات النبوة ، مجمع الزوائد ٨ / ٢١٤ .

(٧) سورة النساء ٣ ، ولم يرد فى ١ ، ب : ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ .

(٨) سورة النور ٣٢ .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ، من كتاب الصوم ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... ، وباب من لم يستطع الباءة فليصم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٣٤ ، ٣/٧ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠١٨ ، ١٠١٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحريض على النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبى يعقوب ... ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى فضل النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٢ . والدارمى ، فى : باب من كان عنده طول فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٧٨ ، ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤٧ .

(١٠) فى م زيادة : « بن » خطأ .

عن داود أنه يجبُ فى العُمْرِ مَرَّةً واحدةً ؛ للآيةِ والْخَبَرِ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى حين أمَرَ به . عَلَّقَه على الاسْتِطاعةِ ، بقوله سبْحانَه : ﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ . والواجبُ لا يَقِفُ على الاسْتِطاعةِ ، وقال : ﴿ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ . ولا يَجِبُ ذلك بالاتِّفاقِ ، فدَلَّ[11] على أنَّ المُرادَ بالأمْرِ النَّدْبُ ، وكذلك الخبرُ يُحْمَلُ على النَّدْبِ ، أو على مَنْ يَخْشَى على نفْسِه الوُقوعَ فى المَحْظُورِ بتَرْكِ النِّكاحِ . قال القاضى : وعلى هذا يُحْمَلُ كلامُ أحمدَ وأبى بكرٍ ، فى إيجابِ النِّكاحِ .

فصل : والناسُ فى النِّكاحِ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ منهم مَنْ يخافُ على نفْسِه الوُقوعَ فى مَحْظُورٍ[12] إن تَرَكَ النكاحَ ، فهذا يجبُ عليه النِّكاحُ فى قولِ عامَّةِ الفُقهاءِ ؛ لأنَّه يَلْزَمُه إعْفافُ نفسِه ، وصَوْنُها عن الحَرامِ ، وطَرِيقُه النكاحُ . الثانى ، من يُسْتَحَبُّ له ، وهو مَنْ له شَهْوَةٌ يَأْمَنُ معها الوُقوعَ فى مَحْظورٍ ، فهذا الاشْتِغالُ له[13] به أوْلَى من التَّخَلِّى لنَوافِلِ العِبادةِ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ . وهو ظاهِرُ قولِ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وفِعْلُهم . قال ابنُ مسعودٍ : لو لم يَبْقَ من أَجَلِى[14] إلَّا عشرةُ أيامٍ ، وأعْلَمُ أنِّى أَمُوتُ فى آخِرِها يَوْمًا ، ولِى طَوْلُ النِّكاحِ فيهنَّ ، لتَزَوَّجْتُ مَخافةَ الفِتْنةِ . وقال ابنُ عباسٍ لسعيدِ بن جُبَيْرٍ : تَزَوَّجْ ، فإنَّ خَيْرَ هذه الأُمَّةِ أكْثَرُها نِساءً . وقال إبراهيمُ بن مَيْسرَةَ : قال لى طاوسٌ : لَتَنْكِحَنَّ ، أو لأَقُولَنَّ لك ما قال عمرُ لأبى الزَّوائِدِ : ما يَمْنَعُكَ عن النِّكاحِ إلَّا عَجْزٌ أو فُجُورٌ . قال أحمدُ ، رَحِمَه الله ، فى رِوايةِ المَرُّوذِىِّ : ليستِ العُزْبَةُ من أمْرِ الإسْلامِ فى شىءٍ . وقال : من دَعاكَ إلى غيرِ التَّزْويجِ ، فقد دَعاكَ إلى غيرِ الإسْلامِ ، ولو تَزَوَّجَ بَشْرٌ كان قد تَمَّ أمْرُه . وقال الشافعىُّ : التَّخَلِّى لعِبادةِ اللهِ تعالى

---

(11) فى م : « فيدل » .

(12) فى م : « المحظور » .

(13) سقط من : ب ، م .

(14) فى ب : « عمرى » .

أفضَلُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى مَدَحَ يحيى عليه السلامُ بقولِه : ﴿ وسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾[15] . والحَصُورُ : الذى لا يأْتِى النِّساءَ . فلو كان النِّكاحُ أفْضَلَ لمَا مَدَحَ بتَرْكِه . وقال اللهُ تعالى : ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَاتِ مِنَ ٱلنِّسَاءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾[16] . وهذا فى مَعْرِضِ الذَّمِّ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضةٍ ، فكان الاشْتِغالُ بالعِبادةِ أفْضَلَ منه ، كالبَيْعِ . ولَنا ، ما تقدَّمَ من أمرِ اللهِ تعالى ورَسُولِه به وحَثِّهِما عليه ، وقال ﷺ : « ولَكِنِّى أصُومُ وأُفْطِرُ ، وأُصلِّى وأرْقُدُ ، وأتَزَوَّجُ النِّساءَ ، فمَنْ رَغِبَ / عَنْ سُنَّتِى فلَيْسَ مِنِّى » . وقال سعدٌ : لقد رَدَّ النبىُّ ﷺ على عثمانَ بن مَظْعونٍ التَّبَتُّلَ ، ولو أحَلَّه له لَاخْتَصَيْنَا . متفقٌ عليهما[17] . وعن أنسٍ قال : كان النبىُّ ﷺ [18] يأمُرُ بالْبَاءَةِ [18] ، ويَنْهَى عن التَّبَتُّلِ نَهْيًا شَدِيدًا ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الوَلُودَ ، فإنِّى مُكاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيامةِ » . رواه سعيدٌ[19] . وهذا حَثٌّ على النكاحِ شديدٌ ، ووَعِيدٌ على تَرْكِه يُقَرِّبُه إلى الوُجُوبِ ،

٢/٧ظ

---

(١٥) سورة آل عمران ٣٩ .

(١٦) سورة آل عمران ١٤ .

(١٧) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب الترغيب فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٠ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٥٨ ، ٣ / ٢٤١ ، ٢٥٩ ، ٢٨٥ ، ٥ / ٤٠٩ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من التبتل والخصاء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٥ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٥ . والنسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٤٨ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٧٦ ، ١٨٣ .

(١٨ - ١٨) فى الأصل : « يأمر بالباه » . وفى ا ، ب : « يأمرنا بالباه » . وفى م : « يأمرنا بالباءة » . والمثبت فى السنن .

(١٩) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٣٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١٥٨ ، ٢٤٥ .

والتّخلِّى منه إلى التّحْرِيمِ ، ولو كان التّخلِّى أفْضَلَ لَانْعَكسَ الأمْرُ ، ولأنَّ النّبِىَّ ﷺ تَزَوّجَ ، وبالَغَ فى العَدَدِ ، وفَعَلَ ذلك أصحابُه ، ولا يَشْتَغِلُ النّبِىُّ ﷺ وأصحابُه إلّا بالأفْضَلِ ، ولا تَجْتَمِعُ[20] الصَّحابَةُ على تَرْكِ الأفْضَلِ ، والاشْتِغالِ بالأدْنَى ، ومِن العَجَبِ أنَّ مَنْ يُفَضِّلُ التخَلِّىَ لم يَفْعَلْه ، فكيف أجْمَعُوا[21] على النّكاحِ فى فِعْلِه ، وخالَفُوه فى فَضْلِه ! أفَما[22] كان فيهم مَنْ يَتْبَعُ الأفْضَلَ عنده ويعملُ بالأوْلَى[23] ؟ ولأنَّ مَصالِحَ النِّكاحِ أكثرُ ، فإنَّه يشْتَمِلُ على تَحْصينِ الدِّينِ ، وإحْرازِه ، وتَحْصِينِ المرأةِ وحِفْظِها ، والقِيامِ بها ، وإيجادِ النَّسْلِ ، وتكْثيرِ الأُمَّةِ ، وتَحْقيقِ مُباهاةِ النَّبِىِّ ﷺ ، وغيرِ ذلك من المصالِحِ الرّاجِحِ أحدُها على نَفْلِ العبادةِ ، فمَجْموعُها[24] أوْلَى . وقد رَوّينا فى أخْبارِ المُتَقدِّمِينَ ، أنَّ قومًا ذَكَرُوا لِلنّبِىِّ لهم فَضْلَ عابِدٍ لهم ، فقال : أما إنَّه لتارِكٌ لشىءٍ من السُّنّةِ ، فبَلَغَ العابدَ ، فأتَى النَّبِىَّ ، فسألَه عن ذلك ، فقال : إنَّك تَرَكْتَ التَّزوِيجَ . فقال : يا نَبِىَّ اللهِ ، وما هو إلَّا هذا ! فلمَّا رأَى النَّبِىُّ احْتِقارَه لذلك ، قال : أرَأيْتَ لو تَرَكَ النّاسُ كلُّهم التَّزْوِيجَ مَن كان يقومُ بالجِهادِ ، ويَنْفِى العَدُوَّ ، ويقومُ بفرائضِ اللهِ تعالى وحُدُودِه ؟ وأمَّا ما ذُكِرَ عن يحيى ، فهو شَرْعُه ، وشَرْعُنا وارِدٌ بخِلافِه ، فهو أوْلَى . والبَيْعُ لا يشْتَمِلُ على مصالحِ النِّكاحِ ، ولا يُقارِبُها . القسم الثالث ، مَنْ لا شَهْوةَ له ، إمَّا لأنَّه لم يُخْلَقْ له شَهْوةٌ كالعِنِّينِ ، أو كانت له شهوةٌ فذَهَبَتْ بكِبَرٍ أو مَرَضٍ ونحوِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يُستَحَبُّ له النكاحُ ؛ لعُمُومِ ما ذَكَرْنا . والثانى ، التخلِّى له أفْضَلُ ؛ لأنَّه[25] لا يُحَصِّلُ مَصالحَ النِّكاحِ ، ويَمْنَعُ زَوْجَتَه من التَّحْصِينِ بغيرِه ، ويُضِرُّ بها ، ويَحْبِسُها[26] على نفسِه ، ويُعَرِّضُ نَفْسَه لواجِباتٍ وحقوقٍ لعلَّه لا يتمكَّنُ من القِيامِ

---

(20) فى الأصل : « تجمع » .

(21) فى ا ، ب ، م : « اجتمعوا » .

(22) فى ا ، ب ، م : « فما » .

(23) فى ا ، م : « بالأدنى » .

(24) فى الأصل ، ب : « مجموعها » . وفى ا ، م : « بمجموعها » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(25) فى الأصل : « فإنه » .

(26) فى م : « يحبسها » .

بها ، ويَشْتَغِلُ عن العِلْمِ والعبادةِ بما لا فائِدةَ فيه . والأخبارُ تُحْمَلُ على مَنْ له شَهْوةٌ ؛ لما فيها من القرائنِ الدَّالَّةِ عليها . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا فَرْقَ بين القادِرِ على الإنْفاقِ والعاجزِ عنه ، قال : يَنْبَغِى للرَّجُلِ أن يتزوَّجَ ، فإن / كان عنده ما يُنْفِقُ ، أَنْفَقَ ، وإن لم يكُنْ عنده ، صَبَرَ ، ولو تزوَّج بَشْرٌ كان قد تَمَّ أَمْرُه . واحْتَجَّ بأنَّ النَّبِىَّ ﷺ كان يُصْبِحُ وما عندَهم[27] شيءٌ ، ويُمْسِى وما عندهم[27] شيءٌ[28] . وأنَّ[29] النَّبِىَّ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا لم يَقْدِرْ[30] على خاتَمِ حَدِيدٍ ، ولا وجَد إلَّا إزارَه ، ولم يكُنْ له رِداءٌ . أخْرَجه البُخارِىُّ[31] . قال أحمدُ ، فى رجلٍ قليلِ الكَسْبِ ، يَضْعُفُ قلبُه عن العِيالِ : اللهُ يَرْزُقُهم ، التزويجُ أحْصَنُ له ، ربَّما أتَى عليه وقتٌ لا يَمْلِكُ[32] قَلْبَه[33] . وهذا فى حَقِّ مَنْ يمكنُه التَّزْويجُ[34] ، فأمَّا مَن لا يُمْكِنُه ، فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾[35] .

٣/٧و

١٠٩٩ – مسألة ؛ قال : (وَلَا نِكاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)

فى هذه المَسْأَلة أربعةُ[1] فصولٍ :

---

(٢٧) فى م : « عنده » .

(٢٨) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء النبى ﷺ بالنسيئة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب فى الرهن فى الحضر ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣ / ٧٤ ، ١٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٢٩) فى الأصل : « ولأن » .

(٣٠) فى م زيادة : « إلا » .

(٣١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(٣٢) فى الأصل : « يمكن » .

(٣٣) فى م زيادة : « فيه » .

(٣٤) فى ب : « التزوج » .

(٣٥) سورة النور ٣٣ .

(١) سقط من : ا .

أحدها : أنَّ النكاحَ لا يَصِحُّ إلَّا بوَلِيٍّ ، ولا تَمْلِكُ المرأةُ تَزْوِيجَ نَفْسِها ولا غيرِها ، ولا تَوْكِيلَ غيرِ وَلِيِّها فى تزويجِها . فإن فَعَلَتْ ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ . رُوِىَ هذا عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، وعائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وإليه ذَهَبَ سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وعمرُ بن عبدِ العزيزِ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ المُبارَكِ ، وعُبَيْدُ اللهِ العَنْبَرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . ورُوِىَ عن ابن سِيرِينَ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، والحسنِ بن صالحٍ[2] ، وأبى يوسفَ : لا يجوزُ لها ذلك بغيرِ إذْنِ الوَلِىِّ ، فإن فعلَتْ كان مَوْقوفًا على إجازَتِه . وقال أبو حنيفةَ : لها أن تُزَوِّجَ نَفْسَها وغيرَها ، وتُوَكِّلَ فى النِّكاحِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[3] . أضافَ النِّكاحَ إليهِنَّ ، ونَهَى عن مَنْعِهِنَّ منه ، ولأنَّه خالِصُ حَقِّها ، وهى من أهلِ المُباشَرةِ ، فصَحَّ منها ، كبَيْعِ أَمَتِها ، ولأنَّها إذا مَلَكَتْ بَيْعَ أمتِها ، وهو تَصَرُّفٌ فى رَقَبَتِها وسائرِ منافِعِها ، ففى النِّكاحِ الذى هو عَقْدٌ على بعضِ نَفْعِها[4] أَوْلَى . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِىٍّ »[5] . رَوَتْه عائشةُ ، وأبو موسَى ، وابنُ عباسٍ . قال المَرُّوذِىُّ : سألْتُ أحمدَ ويَحْيَى عن حديثِ : « لَا نِكاحَ إلَّا بوَلِىٍّ » . فقالا : صحيحٌ . ورُوِىَ عن عائشةَ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَها بغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا ، فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِها ، فإن اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ » . رواه الإمامُ أحمدُ ، وأبو داودَ وغيرُهما[5] . فإن قِيلَ : فإنَّ الزُّهْرِىَّ رَاوِيه[6] وقد أنْكَرَه[7] . قال ابنُ جُرَيْجٍ[8] : سألْتُ الزُّهْرِىَّ عنه فلم يَعْرِفْه . / قلنا له : لم يَقُلْ هذا عن ابن جُرَيْجٍ[8] غيرُ ابنِ عُلَيَّةَ ، كذلك قال الإمامُ أحمدُ ويحيى ، ولو ثَبَتَ

٣/٧ظ

---

(٢) فى م زيادة : « وأبى صالح » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٤) فى م : « منافعها » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ . ويضاف إليه : المسند ٦ / ٤٧ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

(٦) فى م : « رواه » .

(٧) فى حاشية ب : « رواه الخمسة إلا النسائى ، وحسنه الترمذى ، وصححه ابن حبان وغيره ، وهو من رواية سليمان ابن موسى وهو ثقة ، روى له مسلم ، وقال البخارى : عنده مناكير » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « خديج » .

هذا لم يكُنْ حُجَّةً ؛ لأنَّه قد نَقَلَه ثِقَاتٌ عنه ، فلو نَسِيَه الزُّهْرِيُّ لم يُضِرْه[9] ؛ لأنَّ النِّسْيانَ لم يُعْصَمْ منه إنسانٌ . قال النَّبِيُّ ﷺ : « نَسِيَ آدمُ ، فنَسِيَتْ ذُرِّيَّتُه »[10] . ولأنَّها مُوَلًّى عليها فى النِّكاحِ ، فلا تَلِيه ، كالصَّغِيرةِ ، وأمَّا الآيةُ ، فإنَّ عَضْلَها الامْتِناعُ من تَزْوِيجِها ، وهذا يَدُلُّ على أنَّ نِكاحَها إلى الوَلِيِّ ، ويَدُلُّ عليه أنَّها نَزَلَتْ فى شأنِ مَعْقِلِ بن يَسارٍ ، حين امْتَنَعَ من تَزْوِيجِ أُخْتِه ، فدَعَاه النَّبِيُّ ﷺ ، فزَوَّجَها[11] . وأضافَه إليها لأنَّها مَحَلٌّ له . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يجوزُ لها تَزْويجُ أحَدٍ . وعن أحمدَ ، لها تَزْوِيجُ أَمَتِها . وهذا يدلُّ على صِحّةِ عِبارَتِها فى النِّكاحِ ، فيُخَرَّجُ منه أنَّ لها تَزْوِيجَ نَفْسِها بإذْنِ وَلِيِّها ، وتزويجَ غيرِها بالوَكالةِ . وهو مذهبُ محمدِ بن الحسنِ . ويَنْبَغِى أن يكونَ قولًا لِابْنِ سِيرِينَ ومَنْ معه ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » . فمَفْهومُه صِحّتُه بإذْنِه . ولأنَّ المرأةَ إنَّما مُنِعَت الاسْتِقلالَ بالنِّكاحِ ، لقُصُورِ عَقْلِها ، فلا يُؤْمَنُ انْخِداعُها ووُقُوعُه منها على وَجْهِ المَفْسَدةِ ، وهذا مأمونٌ فيما إذا أَذِنَ فيه وَلِيُّها . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ لعُمُومِ قوله : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ » . وهذا يُقَدَّمُ على دليلِ الخِطابِ ، والتَّخْصِيصُ هٰهُنا خَرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ ، فإنَّ الغالِبَ أنَّها لا تُزَوِّجُ نَفْسَها إلَّا بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ، والعِلَّةُ فى مَنْعِها ، صِيانَتُها عن مُباشَرةِ ما يُشْعِرُ بوَقاحَتِها ورُعُونَتِها ومَيْلِها إلى الرِّجالِ ، وذلك يُنافِى حالَ أهلِ الصِّيانةِ والمُرُوءَةِ ، واللهُ أعلمُ .

فصل : فإن حَكَمَ بصِحّةِ هذا العقدِ حاكمٌ ، أو كان المُتَوَلِّى لعَقْدِه حاكمًا ، لم

---

(9) فى الأصل : « يضر » .

(10) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الأعراف ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى 11 / 196-199 .

(11) أخرجه البخارى ، فى : باب : ﴿ إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب من قال : لا نكاح إلا بولى . من كتاب النكاح . صحيح البخارى 6 / 36 ، 7 / 21 . وأبو داود ، فى : باب فى العضل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1 / 481 . والترمذى ، فى : باب : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ... ﴾ ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى 12 / 103 .

يَجُزْ نَقْضُه . وكذلك سائرُ الأَنْكِحَةِ الفاسدةِ . وخَرَّجَ القاضى فى هذا وَجْهًا خاصةً أنَّه يُنْقَضُ . وهو قولُ الإصْطَخْرِىِّ من أصْحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه خالَفَ نَصًّا . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّها مسألةٌ مُخْتَلَفٌ فيها ، ويَسُوغُ فيها الاجتهادُ ، فلم يَجُزْ نَقْضُ الحُكْمِ له[12] ، كما لو حَكَمَ بالشُّفْعةِ للجارِ ، وهذا النصُّ مُتَأَوَّلٌ وفى صِحَّتِه كلامٌ ، وقد عارَضَتْه[13] ظَواهِرُ .

الفصل الثانى : أنَّ النكاحَ لا يَنْعَقِدُ إلَّا بشاهِدَيْنِ . هذا المشهورُ عن أحمدَ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وهو قولُ ابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وجابرِ بن زيدٍ ، والحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادةَ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزَاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ أنَّه يصحُّ بغيرِ شُهُودٍ . فَعَلَه[14] ابنُ عمرَ ، والحسنُ / بن علىٍّ ، وابنُ الزُّبَيْرِ ، وسالمٌ وحمزةُ[15] ابنَا ابنِ عمرَ . وبه قال عبدُ الله بن إدْرِيسَ[16] ، وعبدُ الرحمنِ بن مَهْدِىٍّ ، ويزيدُ بن هارونَ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو قولُ الزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، إذا أعْلَنُوه . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَثْبُتُ فى الشَّاهِدَيْنِ فى النِّكاحِ خَبَرٌ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : وقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ » . من حديثِ ابنِ عبَّاسٍ وأبى هُرَيْرةَ وابنِ عمرَ[17] ، إلَّا أن فى نَقْلِه ذلك ضَعْفًا[18] ، فلم

٧/٤و

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى م : « عارضه » .

(١٤) فى م : « وفعله » .

(١٥) فى حاشية ب : « حمزة بن عبد الله بن عمر ، أخو سالم ، هو ثقة ، روى له الجماعة » .

(١٦) عبد الله بن إدريس الأودى الكوفى الحافظ العابد ، إمام حجة ، توفى سنة اثنتين وتسعين ومائة . العبر ١ / ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(١٧) حديثا ابن عباس ، وابن عمر ، أخرجهما الدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢١ ، ٢٢٥ . وحديث أبى هريرة ، أخرجه البيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٥ .

(١٨) فى م : « ضعيفا » .

أَذْكُرُه . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : وقد أَعْتَقَ النَّبِيُّ ﷺ صَفِيَّةَ بنتَ حُيَيٍّ وتَزَوَّجَها[19] بغير شُهودٍ[20] . قال أنسُ بن مالكٍ، رَضِيَ اللهُ عنه: اشْتَرَى رسولُ الله ﷺ جاريةً بسَبْعةِ أَرْؤُسٍ[21] ، فقال الناسُ : ما نَدْرِى أَتَزَوَّجَها رسولُ الله ﷺ أم جَعَلَها أُمَّ وَلَدٍ ؟ فلما أن[22] أرادَ أن يَرْكَبَ حَجَبَها ، فعَلِمُوا أنَّه تَزَوَّجَها . متفقٌ عليه[23] . قال : فاسْتَدَلُّوا على تَزْوِيجِها بالحِجابِ . وقال يزيدُ بن هارونَ : أَمَرَ اللهُ تعالى بالإِشْهادِ فى البَيْعِ دُونَ النِّكاحِ ، فاشْتَرَطَ أَصْحابُ الرَّأْيِ الشَّهادةَ للنِّكاحِ ، ولم يشْتَرِطُوها للبَيْعِ ! ووَجْهُ الأُولَى أنَّه قد رُوِىَ عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا نِكاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ مُرْشِدٍ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . رواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[24] . وروى الدَّارَقُطْنِىُّ[25] ، عن عائشةَ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا بُدَّ فِى النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ؛ الوَلِىُّ ، والزَّوْجُ ، والشَّاهِدَانِ » . ولأنَّه يتعلَّقُ به حَقُّ غيرِ المُتَعاقِدَيْنِ ، وهو الوَلَدُ ، فاشْتُرِطَتِ الشهادةُ فيه ، لئلَّا يَجْحَدَه أبُوه ، فيَضِيعَ نَسَبُه ، بخلافِ البَيْعِ . فأمَّا نِكاحُ النَّبِيِّ ﷺ بغيرِ وَلِىٍّ وغيرِ شهودٍ ، فمن خصائِصِه فى النِّكاحِ ، فلا يُلْحَقُ به غيرُه .

---

(19) فى ا ، م : « فتزوجها » .

(20) انظر ما يأتى من تخريج حديث بنائه ﷺ بصفية .

(21) فى م : « قروش » .

(22) سقط من : ا ، ب .

(23) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب فى اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، وباب من جعل عتق الأمة صداقها ، وباب البناء فى السفر ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥ / ١٦٨ ، ٧ / ٧ ، ٨ ، ٢٨ ، ٣١ . ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٤-١٠٤٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٠ . والنسائى ، فى : باب التزويج على العتق ، وباب البناء فى السفر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٤ ، ١٠٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمى ، فى : باب فى الأمة يجعل عتقها صداقها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٩٩ ، ١٦٥ ، ١٧٠ ، ١٨١ ، ٢٠٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٦٤ ، ٢٨٠ ، ٢٩١ .

(24) وأخرجه البيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٤ .

(25) فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٥ .

الفصل الثالث : أنه لا يَنْعَقِدُ إلَّا بشَهادةِ مُسْلِمَيْنِ ، سواءٌ كان الزَّوْجانِ مُسْلِمَيْنِ ، أو الزَّوْجُ وَحْدَه . نصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشَّافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كانت المرأةُ ذِمِّيَّةً ، صَحَّ بشَهادةِ ذِمِّيَّيْنِ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ، مَبْنِيًّا على الرِّوايةِ التى تقولُ بقَبُولِ شَهادةِ بعضِ أهلِ الذِّمَّةِ على بعضٍ . ولَنا ، قولُه عليه السلام : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِيٍّ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنَّه نِكاحُ مُسْلِمٍ ، فلم يَنْعَقِدْ بشَهادةِ ذِمِّيَّيْنِ ، كنِكاحِ المُسْلِمَيْنِ .

فصل : فأمَّا الفاسِقانِ ، ففى انْعِقادِ النِّكاحِ بشَهادَتِهِما رِوَايتان ؛ إحْداهما ، لا يَنْعَقِدُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ للخَبَرِ . ولأنَّ النِّكاحَ لا يَثْبُتُ بشهادَتِهِما ، فلم يَنْعَقِدْ بحُضُورِهما ، كالمَجْنُونَيْنِ . والثانية ، ينعقدُ / بشهادَتِهِما . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها تَحَمُّلٌ ، فصَحَّتْ من الفاسقِ ، كسائرِ التَّحَمُّلاتِ . وعلى كلتا الرِّوايتين لا يُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ العَدالةِ ، بل يَنْعَقِدُ بشهادةِ مَسْتُورِى الحالِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يكونُ فى القُرَى والبادِيةِ ، وبين عامَّةِ الناسِ ، ممَّن لا يَعْرِفُ حقيقةَ العَدالةِ ، فاعْتِبارُ ذلك يَشُقُّ ، فاكْتُفِىَ بظاهرِ الحالِ ، وكَوْنِ الشَّاهِدِ مَسْتُورًا لم يَظْهَرْ فِسْقُه ، فإن تَبَيَّنَ بعدَ العَقْدِ أنَّه كان فاسِقًا ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى العَقْدِ ؛ لأنَّ الشرطَ العَدالةُ ظاهرًا ، وهو أن لا يكونَ ظاهِرَ الفِسْقِ ، وقد تَحَقَّقَ ذلك . وقيل : نَتَبَيَّنُ أنَّ النِّكاحَ كان فاسِدًا ؛ لعَدَمِ الشَّرْطِ . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّه لو كانت العدالةُ فى الباطنِ شَرْطًا ، لَوجَبَ الكَشْفُ عنها ؛ لأنَّه مع الشكِّ فيها يكونُ مَشْكُوكًا[26] فى شَرْطِ النِّكاحِ[26] ، فلا يَنْعَقِدُ ، ولا تَحِلُّ المرأةُ مع الشكِّ فى صِحَّةِ نِكَاحِها . وإن حَدَثَ الفِسْقُ فيهما ، لم يُؤَثِّرْ فى صِحَّةِ النِّكاحِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ إنَّما يُعْتَبَرُ حالةَ العَقْدِ . ولو أقَرَّ رَجُلٌ وامرأةٌ أنَّهما نَكَحَا بوَلِيٍّ وشاهِدَىْ عَدْلٍ ، قُبِلَ قَوْلُهما ، وثَبَتَ النِّكاحُ بإقْرارِهما .

٧/٤ ظ

فصل : ولا يَنْعَقِدُ بشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ ، والأوْزاعىِّ ،

(٢٦ – ٢٦) سقط من : ١ .

والشافعىُّ . وعن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا تَزَوَّجَ بشهادةِ نِسْوَةٍ ، لم يَجُزْ ، فإن كان معهنَّ رجلٌ ، فهو أهْوَنُ . فيَحْتَمِلُ أنَّ هذا روايةٌ أُخْرَى فى انْعقادِه بذلك . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْيِ . ويُرْوَى عن الشَّعْبِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فانْعَقَدَ بشَهادَتِهِنَّ[٢٧] مع الرِّجالِ ، كالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّ الزُّهْرِىَّ قال : مَضَتِ السُّنَّةُ من[٢٨] رسولِ اللهِ ﷺ ، أن لا تجوزَ شهادةُ النِّساءِ فى الحُدُودِ ، ولا فى النكاحِ ، ولا فى الطَّلاقِ . رَواه أبو عُبَيْدٍ[٢٩] ، فى « الأموالِ » . وهذا يَنْصَرِفُ إلى سُنَّةِ النَّبِىِّ ﷺ . ولأنَّه عَقْدٌ ليس بمالٍ ، ولا المَقْصُودُ منه المالُ ، ويحضرُه الرجالُ فى غالبِ الأحْوالِ ، فلم[٣٠] يَثْبُتْ بشَهادَتِهِنَّ[٢٧] كالحُدُودِ ، وبهذا فارَقَ البَيْعَ . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ إنَّما قال : هو أهْوَنُ . لوُقُوعِ الخِلافِ فيه ، فلا يكونُ رِوَايةً .

فصل : ولا يَنْعقِدُ بشهادَةِ صَبِيَّيْنِ ؛ لأنَّهما ليسا من أهلِ الشهادةِ . ويَحْتَمِلُ أن يَنْعقِدَ بشهادةِ مُراهِقَيْنِ عاقِلَيْنِ . ولا ينعقدُ بشهادةِ مَجْنُونَيْنِ ، ولا سائرِ مَنْ لا شهادةَ له ؛ لأنَّ وُجُودَه كالعَدَمِ . ولا ينعقدُ بشهادةِ أَصَمَّيْنِ ؛ لأنَّهما لا يَسْمَعانِ . ولا أَخْرَسَيْنِ ؛ لعدمِ إمْكانِ الأَدَاءِ منهما . وفى انْعقادِه بحُضُورِ أهلِ الصنائِعِ الزَّرِيَّةِ ، كالحَجَّامِ ونحوِه ، وَجْهانِ ، بِناءً على قَبُولِ شَهادَتِهم . وفى انْعِقادِه بشهادةِ عَدُوَّيْنِ أو ابْنَي الزَّوْجَيْنِ أو أحَدِهِما وَجْهان ؛ أحدهما ، ينعقدُ . اختارَه أبو عبدِ اللهِ ابن / بطَّةَ ؛ لعُمُومِ قوله : « إلَّا بِوَلِيٍّ وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنَّه يَنْعَقِدُ بهما نِكاحُ غيرِ هذا الزَّوْجِ ، فانْعَقَدَ بهما نِكاحُه ، كسائرِ العُدُولِ . والثانى ، لا ينعقدُ بشهادَتِهِما[٣١] ؛ لأنَّ العَدُوَّ لا

٥/٧و

---

(٢٧) فى م : « بشهادتين » .

(٢٨) فى م : « عن » .

(٢٩) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى شهادة النساء فى الحدود ، من كتاب الحدود . المصنف ١٠ / ٥٨ مختصرا . وانظر : نصب الراية ٤ / ٧٩ ، والتلخيص الحبير ٤ / ٢٠٧ .

(٣٠) فى م : « فلا » .

(٣١) فى الأصل ، ا ، ب : « بشهادته » .

تُقْبَلُ شَهادَتُه على عَدُوِّه ، والابنُ لا تقبلُ شهادتُه[٣٢] لوَالِدِه .

فصل : ويَنْعَقِدُ بشهادةِ عَبْدَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يَنْعَقِدُ . ومَبْنَى الخلافِ على قَبُولِ شَهادَتِهِما فى سائرِ الحُقُوقِ . ونَذْكُرُه فى مَوْضِعِه إن شاء اللهُ تعالى . ويَنْعَقِدُ بشهادةِ ضَرِيرَيْنِ . وللشافِعِيّةِ وَجْهانِ فى ذلك . ولَنا ، أنَّها شهادةٌ على قولٍ ، فصَحَّتْ من الأعْمَى ، كالشهادةِ بالاسْتِفاضةِ ، وإنَّما يَنْعَقِدُ بشهادَتِهِما إذا تَيَقَّنَ الصَّوْتَ وعَلِمَ صَوْتَ المُتعاقِدَيْنِ على وَجْهٍ لا يَشُكُّ فيهما ، كما يَعْلَمُ ذلك من يَرَاهُما[٣٣] ، وإلَّا فلَا .

فصل : وإذا تزوَّجَتِ المرأةُ تزويجًا فاسِدًا ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُها لغيرِ مَنْ تَزَوَّجَها حتى يُطَلِّقَها أو يَفْسَخَ نِكاحَها . وإذا امْتَنَعَ من طَلاقِها ، فَسَخَ الحاكمُ نِكاحَه[٣٤] . نصَّ عليه أحمدُ . وقال الشافعىُّ : لا حاجةَ إلى فَسْخٍ ولا طَلاقٍ ؛ لأنَّه نِكاحٌ غيرُ مُنْعَقِدٍ ، أشْبَهَ النِّكاحَ فى العِدَّةِ . ولَنا ، أنَّه نِكاحٌ يَسُوغُ فيه الاجْتِهادُ ، فاحْتِيجَ فى التَّفْرِيقِ فيه إلى إيقاعِ فُرْقةٍ ، كالصحيحِ المُخْتَلَفِ فيه ، ولأنَّ تَزْوِيجَها من غيرِ تفريقٍ يُفْضِى إلى تَسْلِيطِ زَوْجَيْنِ عليها ، كلُّ واحدٍ منهما يَعْتَقِدُ أنَّ نِكاحَه الصَّحِيحُ ، ونِكاحَ الآخرِ الفاسدُ ، ويفارِقُ النكاحَ الباطلَ من هٰذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . وإذا زُوِّجَتْ[٣٥] بآخَرَ قبلَ التَّفْرِيقِ ، لم يَصِحَّ الثانى أيضا ، ولم يَجُزْ تزْوِيجُها لثالثٍ[٣٦] حتى يُطَلِّقَ الأوَّلانِ أو يُفْسَخَ نِكاحُهما ، ومتى فُرِّقَ بينهما قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها[٣٧] ؛ لأنَّه عَقْدٌ فاسدٌ لم[٣٨] يَتَّصِلْ به قَبْضٌ ،

---

(٣٢) فى م : « شهادة » .

(٣٣) فى ا ، ب : « رآهما » .

(٣٤) سقط من : ا .

(٣٥) فى الأصل : « تزوجت » .

(٣٦) فى م : « الثالث » .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٨) فى الأصل : « ولم » .

فلم يَجِبْ به[39] عِوَضٌ كالبَيْعِ الفاسِدِ ، وإن كان التَّفْرِيقُ بعد الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ ؛ بدليلِ قولِه عليه السلام : « فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »[40] . وإن تَكَرَّرَ الوَطْءُ فالمَهْرُ واحدٌ ؛ للحَدِيثِ ، ولأنَّه إصابةٌ فى عَقْدٍ فاسدٍ[41] ، أشْبَهَ الإصابةَ فى عَقْدٍ صحيحٍ .

فصل : والواجبُ لها مَهْرُ مِثْلِها ، أوْمأَ إليه أحمدُ ؛ فإنَّه قال فى العَبْدِ يتزوَّجُ بغير إذْنِ سَيِّدِه : يُعْطى شيئًا . قال القاضى : يَعْنِى مَهْرَ المِثْلِ . وهو ظاهرُ قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لقوله : « وإذا زوَّج الوَلِيّانِ فالنكاحُ للأوَّلِ منهما ، فإن دَخَلَ بها الثانى فلها مَهْرُ مِثْلِها » . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . والمنصوصُ عن أحمدَ أنَّ لها المُسَمَّى ؛ لأنَّ فى بعضِ ألفاظِ حديثِ / عائشةَ : « وَلَهَا الَّذِى أعْطَاهَا بِمَا أصَابَ مِنْهَا » . قال القاضى : حدَّثناه أبو بكرٍ البَرْقانِىُّ ، وأبو محمدٍ الخَلَّالُ ، بإسنادَيْهِما . وقال أبو حنيفةَ : الواجبُ الأقلُّ من المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّها إن رَضِيَتْ بدون مَهْرِ مِثْلِها فليس لها أكْثرُ منه ، كالعَقْدِ الصحيحِ ، وإن كان المُسَمَّى أكْثَرَ لم يَجِبِ الزّائِدُ ؛ لأنَّه[42] بعَقْدٍ غيرِ صحيحٍ[42] . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . فجعَلَ لها المَهْرَ[43] بالإصابةِ ، والإصابةُ إنَّما تُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ ، ولأنَّ العَقْدَ ليس بمُوجِبٍ ، بدَلِيلِ الخبرِ ، وأنَّه لو طَلَّقَها قبلَ مَسِّها لم يكُنْ لها شىءٌ ، وإذا لم يكُنْ مُوجِبًا كان وُجُودُه كعَدَمِه ، وبقِىَ[44] الوَطْءُ مُوجِبًا بمُفْرَدِه ، فأوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ ، كوَطْءِ الشُّبْهةِ ، ولأنَّ التَّسْميةَ لو فَسدَتْ لَوَجَبَ مهرُ المِثْلِ ، فإذا فَسدَ العَقْدُ من أصلِه كان[41] أوْلَى . وقولُ

٥/٧ ظ

---

(٣٩) فى الأصل : « فيه » .

(٤٠) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وفى صفحة ٣٤٥ .

(٤١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٢ – ٤٢) فى م : « بغير عقد صحيح » .

(٤٣) فى م زيادة : « المميز » .

(٤٤) فى الأصل : « ويبقى » .

أبي حنيفةَ إنَّها رَضِيَتْ بدون صَدَاقِها . إنَّما يَصِحُّ إذا كان العَقْدُ هو المُوجِبُ ، وقد بيَّنَّا أنَّه إنَّما يجبُ بالإصابةِ ، فيجبُ[٤٥] مَهْرُ المِثْلِ كاملًا ، كوَطْءِ الشُّبْهةِ .

فصل : ولا يَجِبُ لها بالخَلْوَةِ شيءٌ . في قولِ أكثرِ أهلِ العِلْمِ ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ إنَّما[٤٦] جَعَلَ لها المَهْرَ بما استَحَلَّ من فَرْجِها . يعني أصابَ . ولم يُصِبْها . والمنصوصُ عن أحمدَ أنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بالخَلْوةِ ، قياسًا على العَقْدِ الصَّحيحِ ، وبِناءً على أنَّ الواجبَ المُسَمَّى بالعَقْدِ ، وقد ذكَرْنا ذلك .

فصل : ولا حَدَّ في وَطْءِ النِّكاحِ الفاسِدِ ، سواءٌ اعْتَقَدَا[٤٧] حِلَّه أو حُرْمَتَه . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يَجِبُ الحدُّ بالوَطْءِ في النِّكاحِ بلا وَلِيٍّ ، إذا اعتقَدَا حُرْمَتَه . وهو اختيارُ الصَّيْرَفِيِّ[٤٨] ، من أصْحابِ الشافعيِّ ؛ لما رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ[٤٩] ، بإسْنادِه عن أبي هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ ، ولَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، إنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا » . وبإسْنادِه[٥٠] عن الشَّعْبِيِّ قال : ما كان أحدٌ من أصْحابِ النَّبيِّ ﷺ أشَدَّ في النِّكاحِ بغيرِ وَلِيٍّ من عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، كان يَضْرِبُ فيه . ورَوَى الشَّالَنْجِيُّ ، بإسْناده عن عِكْرِمةَ بن خالدٍ ، أن الطَّرِيقَ جَمَعَتْ رَكْبًا فيه امرأةٌ ثَيِّبٌ ، فخَطَبَها رجلٌ ، فأنْكَحَها رَجُلٌ وهو غيرُ وَلِيٍّ بصَداقٍ وشُهُودٍ ، فلمَّا قَدِمُوا على عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، رُفِعَ إليه أمرُهُما ، فَفرَّقَ بينهما ، وجَلَدَ النَّاكِحَ والمُنْكِحَ[٥١] . ولَنا ، أنَّ هذا مُخْتَلَفٌ في إباحَتِه ، فلم يَجِبْ به الحدُّ ، كالنِّكاحِ بغيرِ

---

(٤٥) في الأصل ، ب : « فيوجب » ، وفي ا : « فوجب » .

(٤٦) سقط من : ا ، م .

(٤٧) في م : « اعتقد » .

(٤٨) في م : « السمرقندي » .

وهو أبو بكر محمد بن عبد الله الصيرفي ، أحد أصحاب الوجوه في مذهب الشافعي ، ويقال : إنه أعلم خلق الله بالأصول بعد الشافعي ، توفي سنة ثلاثين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٤٩) في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا نكاح إلا بولي ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ .

(٥٠) في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٩ .

(٥١) وأخرجه الدارقطني ، في كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٢٢٥ . والبيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بولي ، =

شُهُودٍ ، ولأنَّ الحَدَّ يُدْرأُ بالشُّبُهاتِ ، والاخْتِلافُ فيه أقْوَى الشُّبُهاتِ ، وتَسْمِيَتُها زانيةً يجوزُ ، بدليلِ / أنّه سَمَّاها بذلك بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وعمرُ جَلَدَهُما أدَبًا وتَعْزِيرًا ، ولذلك جَلَدَ المُنْكِحَ ولم يَجْلِد المرْأةَ ، وجَلَدَهُما بمُجَرّدِ العَقْدِ مع اعتقادِهِما حِلَّهُ . وكذلك حديثُ عليٍّ ، علَى أنَّ حديثَ عليٍّ حُجّةٌ على مَنْ أوْجَبَ الحَدَّ فيه[52] ؛ فإنَّ عَلِيًّا أشَدُّ النّاسِ فيه ، وقد انتهى أمْرُه[53] إلى الجَلْدِ ، فيدُلُّ[54] على أن سائرَ الصَّحابةِ[55] لم يَرَوْا فيه جَلْدًا . فإن قيلَ : فقد أوْجَبْتُم الحَدَّ على شارِبِ النَّبِيذِ ، مع الاختلافِ[56] فيه ؟ قُلْنا : هو مُفارِقٌ لمسألَتِنا ، بدليلِ أنّا نَحُدُّ من اعْتَقَدَ حِلَّه ، ولأنَّ يَسِيرَ النَّبِيذِ يدعو إلى كَثِيرِه[57] المُتَّفَقِ على تَحْرِيمِه ، وهذا المُخْتَلَفُ فيه يُغْنِي عن الزِّنَى المُجْمَعِ على تَحْرِيمِه ، فافْتَرَقَا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ مَن اعْتَقَدَ حِلَّه ليس عليه إثْمٌ ولا أدَبٌ ؛ لأنّه من مسائلِ الفُرُوعِ المُخْتَلَفِ فيها ، ومَن اعْتَقَدَ حُرْمَتَه أثِمَ وأُدِّبَ . وإن أتَتْ بوَلَدٍ منه ، لَحِقَه نَسَبُه فى الحالَيْنِ .

فصل : فأمّا الأنْكِحةُ الباطِلةُ ، كنكاحِ المرأةِ المُزَوَّجةِ أو المُعْتَدَّةِ ، وشِبْهِهِ[58] ، فإذا عَلِمَا الحالَ[59] والتَّحْرِيمَ ، فهما زَانِيانِ ، وعليهما الحَدُّ ، ولا يَلْحَقُ النَّسَبُ فيه .

فصل : ويُساوِى الفاسدُ الصحيحَ فى اللِّعانِ ، إذا كان بينهما وَلَدٌ يريد نَفْيَه عنه ،

= من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١١١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى المرأة إذا تزوجت بغير ولى ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣١ ، ١٣٢ .

(٥٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٥٣) فى م : « الأمر » .

(٥٤) فى م : « فدل » .

(٥٥) فى م : « الناس والصحابة » .

(٥٦) فى الأصل ، ا : « الخلاف » .

(٥٧) فى الأصل ، ا ، ب : « الكثير » .

(٥٨) فى م : « أو شبهه » .

(٥٩) فى م : « الحل » .

لِكَوْنِ النَّسَبِ لاحِقًا به ، فإن لم يكُنْ وَلَدٌ ، فلا لِعَانَ بينهما ؛ لعدمِ الحاجةِ إليه ، وتجبُ العِدّةُ بالخَلْوَةِ فيه ، وعِدّةُ الوفاةِ بالمَوْتِ فيه ، والإحدادُ[60] ، كلُّ[61] ذلك احْتِياطًا لها . ويُفارِقُ الصحيحَ فى أنّه لا يُثْبِتُ التَّوارُثَ ، ولا تَحْصُلُ به الإباحةُ للمُتَزَوِّجِ ، ولا الحِلُّ[62] للزَّوْجِ المُطَلِّقِ ثلاثًا بالوَطْءِ فيه ، ولا يَحْصُلُ الإحْصانُ بالوَطْءِ فيه ، ولا يَثْبُتُ حكمُ الإيلاءِ باليمينِ فيه ، ولا يَحْرُمُ الطَّلاقُ فيه فى زَمَنِ الحَيْضِ .

١١٠٠ – مسألة ؛ قال : (وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الحُرَّةِ أَبُوهَا)

إنّما قَيَّدَ المرأةَ بالحُرَّةِ[1] هـٰهُنا ؛ لأنَّ الأَمَةَ لا وِلايةَ لأَبِيها عليها ، وإنّما وَلِيُّها سَيِّدُها . بغير خلافٍ عَلِمْناه . وأمّا المرأةُ الحُرَّةُ ، فأَوْلَى النَّاسِ بتَزْوِيجِها أبوها ، ولا وِلايةَ لأحدٍ معه . وبهذا قال الشّافعىُّ . وهو المشهورُ عن أبى حنيفةَ . وقال مالكٌ والعَنْبَرِىُّ ، وأبو يوسفَ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ : الابْنُ أَوْلَى . وهو رِوايةٌ عن أبى حنيفةَ ؛ لأنّه أَوْلَى منه بالمِيراثِ ، وأقْوَى تَعْصِيبًا ، ولهذا يَرِثُ مَوْلَى[2] أبيه دون جَدِّه . ولَنا ، أنَّ الوَلَدَ مَوْهُوبٌ لأَبِيه ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾[3] . وقال زَكَرِيَّا : ﴿ رَبِّ هَبْ لِى مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾[4] . وقال : ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنْكَ وَلِيًّا ﴾[5] . وقال إبراهيم : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلهِ / ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وإِسْحَاقَ ﴾[6] . وقال ﷺ : ٦/٧ ظ

---

(٦٠) فى الأصل زيادة : « إذ » .

(٦١) فى م : « وكل » .

(٦٢) فى م : « تحل » .

(١) فى الأصل ، ا ، ب : « بالحرية » .

(٢) فى م : « بولاء » .

(٣) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٤) سورة آل عمران ٣٨ .

(٥) سورة مريم ٥ .

(٦) سورة إبراهيم ٣٩ .

« أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ »[7] . وإثباتُ وِلَايةِ المَوْهُوبِ له على الهِبَةِ أَوْلَى من العَكْسِ ، ولأنَّ الأَبَ أَكْمَلُ نَظَرًا ، وأَشَدُّ شَفَقَةً ، فوَجَبَ تقدِيمُه فى الولايةِ ، كتَقْدِيمِه على الجَدِّ ، ولأنَّ الأَبَ يَلِى وَلَدَه فى صِغَرِه وسَفَهِه وجُنُونِه ، فيَلِيه فى سائرِ ما ثَبَتَتِ الوِلَايةُ عليه فيه ، بخلافِ وِلايةِ الابْنِ ، ولذلك اخْتَصَّ بولايةِ المالِ ، وجاز له أن يَشْتَرِىَ لها من مالِه ، وله من مالِها ، إذا كانت صغيرةً ، بخلافِ غيرِه ، ولأنَّ الوِلَايةَ احْتِكامٌ ، واحْتِكامُ الأَصْلِ على فَرْعِه أَوْلَى من العَكْسِ ، وفارَقَ المِيراثَ ، فإنَّه لا يُعْتَبَرُ له النَّظَرُ ، ولهذا يَرِثُ الصَّبِىُّ والمَجْنُونُ وليس فيه احْتِكامٌ ولا وِلايةٌ على المَوْرُوثِ ، بخلافِ ما نحن فيه .

١١٠١ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلَا)

يعنى أنَّ[1] الجَدَّ أبا الأَبِ وإن عَلَتْ دَرَجَتُه ، فهو أَحَقُّ بالوِلايةِ من الابنِ وسائرِ الأَوْلياءِ . وهو قول الشافعىِّ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الابنَ مُقَدَّمٌ على الجَدِّ . وهو قولُ مالكٍ ومَنْ وافقَه ؛ لما تقدَّمَ . وعن أحمدَ ، روايةٌ ثالثة ، أنَّ الأَخَ يُقَدَّمُ على الجَدِّ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ الجَدَّ يُدْلِى بأُبُوَّةِ الأَبِ ، والأَخَ يُدْلِى بِبُنُوَّةٍ[2] ، والبُنُوَّةُ مُقَدَّمةٌ . وعن أحمدَ أن الجَدَّ والأَخَ سَواءٌ ؛ لاسْتِوائِهما فى المِيراثِ بالتَّعْصِيبِ ، واسْتِوائِهما[3] فى القَرابةِ ، فوَجَبَ أن يَسْتَوِيا فى الوِلايةِ كالأَخَوَيْنِ ، ولأنَّهما عَصَبتانِ لا يسقُطُ أحَدُهُما بالآخَرِ[4] ، فاسْتَوِيا فى الوِلَايةِ كالأَخَوَيْنِ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ له إيلادٌ وتَعْصِيبٌ ، فيُقَدَّمُ عليهما ، كالأَبِ ، ولأنَّ الابنَ والأَخَ يُقادان بها ، ويُقْطَعانِ بسَرِقَةِ مالِها ، والجَدُّ بخِلافِه ، والجَدُّ[5] لا يَسْقُطُ فى المِيراثِ إلَّا بالأَبِ ، والأَخُ يَسْقُطُ به وبالابْنِ وابْنِه ، وإذا ضاقَ

---

(٧) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « بنوته » .

(٣) فى م : « فاستويا » .

(٤) فى الأصل ، ب : « الآخر » .

(٥) سقط من : م .

المالُ ، وفى المسألةِ جَدٌّ وأخٌ ، سَقَطَ الأخُ وحدَه ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه عليهما كالأبِ ، وكتَقْدِيمِه[6] على العَمِّ وسائرِ العَصَباتِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالجَدُّ وإن عَلَا أَوْلَى من جميعِ العَصَباتِ غيرَ الأبِ ، وأَوْلَى الأجْدادِ أقْرَبُهم وأَحَقُّهم بالمِيراثِ[7] .

١١٠٢ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ ابْنُهَا وابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ)

وجملتُه أنَّه متى عُدِمَ الأبُ وآباؤُه ، فأَوْلَى الناسِ بتَزْويجِ المرأةِ ابْنُها ، ثم ابْنُه بعدَه وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُه ، الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ منهم . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ . وقال الشافعىُّ : لا وِلايَةَ للابْنِ إلَّا أن يكونَ ابنَ عَمٍّ ، أو مَوْلًى ، أو حاكمًا ، فيَلِى بذلك ، لا بالبُنُوَّةِ ؛ لأنَّه ليس بمُناسِبٍ لها ، فلا يَلِى نِكاحَها كخالِها ، ولأنَّ طَبْعَه يَنْفِرُ من تَزْوِيجِها ، فلا يَنْظُرُ لها . ولَنا ، ما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، / أنَّها لمَّا انْقَضَتْ عِدَّتُها ، أَرْسَلَ إليها رسولُ اللهِ ﷺ يَخْطُبُها ، فقالت : يا رسولَ اللهِ : ليس[1] أحدٌ من أَوْليائِى شاهِدًا . قال : « لَيْسَ مِنْ أَوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ[2] وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذٰلِكَ » . فقالت : قُمْ يا عُمَرُ[3] ، فزَوِّجْ رسولَ اللهِ ﷺ . فزَوَّجَه . رواه النَّسائِىُّ[4] . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ ، فحديثُ عُمَرَ[3] بن أبى سَلَمَةَ ، حين تزوَّجَ النَّبِىُّ ﷺ أُمَّه أُمَّ سَلَمَةَ ، أليس كان

٧/٧و

---

(٦) فى م : « ولتقدمه » .

(٧) فى م : « فى الميراث » .

(١) فى الأصل زيادة : « لى » .

(٢) فى ا ، ب : « حاضر » .

(٣) فى م : « عمرو » . وعمر ابنها .

(٤) فى : باب إنكاح الابن أمه ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٦ ، ٦٧ .

كما أخرجه الحاكم ، فى : باب أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٧٨ ، ١٧٩ . والبيهقى ، فى : باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها غير البنوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣١ .

وأخرجه مسلم ، فى : باب ما يقال عند المصيبة ، من كتاب الجنائز . صحيح مسلم ٢ / ٦٣١ ، ٦٣٢ مختصرًا .

صغيرًا ؟ قال : وَمَنْ يقولُ كان صغيرًا ، ليس فيه بَيانٌ . ولأنَّه عَدْلٌ من عَصَبَتِها ، فَثَبَتَتْ[5] له وِلايةُ تَزْوِيجِها كأخِيها . وقولُهم : ليس بمُناسِبٍ لها . يَبْطُلُ بالحاكِمِ والمَوْلَى . وقولُهم : إنَّ طَبْعَه يَنْفِرُ من تَزْوِيجِها . قُلْنا : هذا مُعارِضٌ فى الفَرْعِ ليس له أصْلٌ ، ثم يَبْطُلُ بما إذا كان ابنَ عَمٍّ أو مَوْلى أو حاكِمًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُقَدَّمُ على الأخِ ومَنْ بعدَه . بغيرِ خلافٍ نعلَمُه عندَ مَنْ يقول بوِلايَتِه ؛ لأنَّه أقْوَى منه تَعْصِيبًا ، وقد اسْتَوَيا فى عَدَمِ الإيلادِ .

١١٠٣ - مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أخُوهَا لِأَبِيهَا وأُمِّهَا)

لا خلافَ بين أهلِ العِلْمِ فى تقديمِ الأخِ بعدَ عَمُودَيِ النَّسَبِ ؛ لكَوْنِه أقربَ العَصَباتِ بعدَهم ، فإنَّه ابنُ الأبِ ، وأقواهُم تَعْصِيبًا ، وأحَقُّهم بالميراثِ .

١١٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَالأَخُ لِلأَبِ مِثْلُهُ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى الأخِ للأبَوَيْنِ والأخِ للأبِ إذا اجْتَمعا ، فالمشهورُ عنه أنَّهما سَواءٌ فى الوِلايةِ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، والشافعىُّ فى القديمِ ؛ لأنَّهما اسْتَوَيا فى الإدْلاءِ بالجِهةِ التى تُسْتفادُ منها العُصُوبةُ ، وهى جِهَةُ الأبِ ، فاسْتَوَيا فى الوِلايةِ ، كما لو كانا من أبٍ ، وإنما يُرَجَّحُ الآخَرُ[1] فى المِيراثِ بجهةِ الأُمِّ ، ولا مَدْخَلَ لها فى الوِلايةِ ، فلم يُرَجَّحْ بها ، كالعَمَّيْنِ أحدُهما خالٌ ، وابْنَىْ عَمٍّ أحدهما أخٌ من أُمٍّ . والرِّواية الثانية ، الأخُ من الأبَوَيْنِ أوْلَى . واختارها أبو بكرٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ فى الجديدِ . وهو الصحيحُ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّه حَقٌّ يُسْتفادُ بالتَّعْصِيبِ ، فقُدِّمَ فيه الأخُ من الأبوينِ ، كالمِيراثِ وكاسْتِحقاقِ الميراثِ بالوَلاءِ ، فإنَّه لا مَدْخَلَ للنساءِ فيه ، وقد قُدِّمَ الأخُ للأبَوَيْنِ[2] فيه . وبهذا يَبْطُلُ ما ذكَرْناه للرِّوايةِ الأُولى . وهكذا الخلافُ فى

---

(٥) فى م : « فثبت » .

(١) فى م : « الأخ » .

(٢) فى م : « من الأبوين » .

بَنِى الإِخْوةِ والأَعْمامِ وبَنِيهم . فأَمَّا إذا كان ابْنَا[٣] عَمٍّ لأَبٍ ، أحدُهما أَخٌ لأُمٍّ ، فهما سَواءٌ ؛ لأنَّهما اسْتَوَيَا فى التَّعْصِيبِ والإِرْثِ به . وقال القاضى : فيهما من الخلافِ مثلُ ما فى ابْنِ عَمٍّ من أَبَوَيْنِ وابنِ عَمٍّ من أَبٍ ؛ لأنَّه يُرَجَّحُ بجهةِ أُمِّه . وليس كذلك ؛ لأنَّ جِهَةَ أُمِّهِ يَرِثُ / بها مُنْفَرِدةً ، وما وَرِثَ به مُنْفَرِدًا لم يُرَجَّحْ به ، ولذلك لم يُرَجَّحْ به فى الميراثِ بالوَلاءِ ولا فى غيرِه . فعلى هذا ، إذا اجتمعَ ابنُ عَمٍّ لأَبَوَيْن[٤] وابنُ عَمٍّ لأَبٍ[٥] هو أَخٌ من أُمٍّ ، فالولايةُ لِابْنِ العَمِّ من الأَبَوَيْنِ عندَ مَنْ يرى تَقْدِيمَ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ . ٧/٧ ظ

١١٠٥ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ الْعُمُومةُ ، ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ عُمُومةُ الْأَبِ)

وجملتُه أنَّ الوِلايةَ بعدَ مَنْ ذَكَرْنا تَتَرتَّبُ على تَرْتِيبِ الإِرْثِ بالتَّعْصِيبِ ، فأَحَقُّهُم بالميراثِ أحقُّهُم بالولايةِ ، فأَوْلاهُم بعدَ الآباءِ بَنُو المَرْأةِ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بَنُو أبِيها وهم الإِخْوةُ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بنو جَدِّها وهم الأَعْمامُ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بنو جَدِّ الأَبِ وهم أَعْمامُ الأَبِ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بنو جَدِّ الْجَدِّ ، ثم بَنُوهُم ، وعلى هذا لا يَلِى بنو أَبٍ أَعْلَى مع بنى أَبٍ أَقْرَبَ منه وإن نَزَلَتْ درجَتُهم ، وأَوْلَى وَلَدِ كلِّ أَبٍ أَقْرَبُهم إليه ؛ لأنَّ مَبْنَى الوِلايةِ على النَّظَرِ والشَّفَقةِ ، وذلك مُعْتَبَرٌ بمَظِنَّتِه ، وهى القَرابةُ ، فأَقْرَبُهُم أَشْفَقُهم . ولانَعْلَمُ فى هذا خِلافًا بين أهلِ العلمِ .

فصل : ولا وِلايةَ لغيرِ العَصَباتِ من الأقارِبِ ، كالأخِ من الأُمِّ ، والخالِ ، وعَمِّ (١ الأُمِّ ، والجَدِّ ١) أبى الأُمِّ ونحوِهم . نصَّ عليه أحمدُ فى مواضعَ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وإحْدَى

---

(٣) فى الأصل : « ابنى » .

(٤) فى الأصل ، ا ، م : « من أبوين » .

(٥) فى الأصل ، م : « من أب » .

(١ – ١) فى الأصل : « الأب والجد » .

الرِّوايتين عن أبى حنيفةَ . والثانية ، أنَّ كلَّ مَنْ يَرِثُ بفَرْضٍ أو تَعْصِيبٍ يَلِى ؛ لأنَّه من أهلِ مِيراثِها ، فوَلِيَها كعَصَباتِها . ولَنا ، ما رُوِىَ عن علىٍّ ، أنَّه قال : إذا بَلَغَ النِّساءُ نَصَّ الْحَقائقِ[2] ، فالعَصَبةُ أَوْلَى[3] . إذا أَدْرَكْنَ . رواه أبو عُبَيْد ، فى « الغَرِيبِ »[4] . ولأنَّه ليس من عَصَباتِها فأشْبَه الأجْنَبِىَّ .

١١٠٦ - مسألة ؛ قال : (ثُمَّ الْمَوْلَى الْمُنْعِمُ ، ثُمَّ أَقْرَبُ عَصَبَتِهِ بِهِ)

لا خلافَ نعلمُه فى أنَّ المرأةَ إذا لم يكُنْ لها عَصَبةٌ من نَسَبِها ، أنَّ مَوْلاها يُزَوِّجُها ، ولا فى أنَّ العَصَبةَ[1] الْمُناسِبَ أَوْلَى منه ، وذلك لأنَّه عَصَبةُ مَوْلاتِه ، يَرِثُها ويَعْقِلُ عنها عندَ عَدَمِ عصباتِها ، فلذلك يُزَوِّجُها ، وقُدِّمَ عليه الْمُناسِبُون كما قُدِّمُوا عليه فى الإرْثِ والعَقْلِ . فإنْ عُدِمَ المَوْلَى ، أو لم يكُنْ من أَهْلِ الوِلايةِ ، كالمرأةِ والطِّفْلِ والكافِرِ ، فعَصَباتُه الأقْرَبُ منهم فالأقْرَبُ ، على ترتيبِ المِيراثِ ، ثم مَوْلَى المَوْلَى ، ثم عَصَباتُه من بعدِه ، كالمِيراثِ سَواءً . فإن اجتمعَ ابنُ المُعْتِقِ وأبوه ، فالابنُ أَوْلَى ؛ لأنَّه أحَقُّ بالمِيراثِ وأقْوَى فى التَّعْصِيبِ ، وإنَّما قُدِّمَ الأبُ المُناسِبُ على الابنِ المُناسِبِ لِزيادةِ شَفَقتِه وفَضِيلةِ وِلادَتِه ، / وهذا معدومٌ فى أبِى المُعْتِقِ ، فرُجِعَ به إلى الأصْلِ . ٨/٧و

١١٠٧ - مسألة ؛ قال : (ثُمَّ السُّلْطَانُ)

لا نَعلمُ خلافًا بين أهلِ العلمِ ، فى أنَّ للسُّلطانِ وِلايةَ تَزْوِيجِ المرأةِ عندَ عَدَمِ أَوْلِيائِها أو عَضْلِهِم . وبه يقول مالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْد ، وأصحابُ الرَّأْىِ .

---

(٢) فى ا : « الحقاق » . وهما روايتان . وأصل النص : منتهى الأشياء ومبلغ أقصاها . والحقاق ، هو المحاقة ، أن تحاق الأم العصبة فيهن ، فتقول : أنا أحق . ويقولون : نحن أحق . غريب الحديث ٣ / ٤٥٧ ، ٤٥٨ . وفى حاشية ا : « نص ، بفتح النون وتشديد الصاد . قال ابن المبارك : معناه إذا بلغت من سنها المبلغ الذى يصلح أن يخاصم ويخاصم ، فالعصبة أولى من أمها ، والحاق مصدر المحاقة » .

(٣) فى ب زيادة : « يعنى » .

(٤) غريب الحديث ٣ / ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

(١) فى ب ، م : « عصبة » .

والأصلُ فيه قولُ النبيِّ ﷺ : « فَالسُّلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ له »[1] . ورَوَى أبو دَاوُدَ[2] ، بإسْنادِهِ عن أُمِّ حَبِيبَةَ ، أنَّ النَّجاشِيَّ زَوَّجَها رسولَ اللهِ ﷺ ، وكانت عندَه . ولأنَّ للسُّلطانِ وِلايَةً عامَّةً بدليلِ أنه يَلِى المالَ ، ويَحْفَظُ الضَّوَالَّ ، فكانت له الوِلايةُ[3] في النِّكاحِ كالأبِ .

فصل : والسلطانُ هٰهنا هو الإمامُ ، أو الحاكمُ ، أو مَنْ فَوَّضَا إليه ذلك . واخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ في والِى البلدِ ، فقال في موضعٍ : يُزَوِّجُ والِى البَلَدِ . وقال في الرُّسْتاقِ[4] يكونُ فيه الوالِى وليس فيه قاضٍ : يُزَوِّجُ إذا احْتاطَ لها في المَهْرِ والكُفْءِ ، أرجو أن لا يكونَ به بأسٌ ؛ لأنَّه ذو سلطانٍ ، فيَدْخُلُ في عمومِ الحديثِ . وقال في موضعٍ آخرَ ، في المرأةِ إذا لم يكُنْ لها وَلِيٌّ : فالسلطانُ المُسَلَّطُ على الشيءِ ؛ القاضِى يَقْضِى في الفُرُوجِ والحُدُودِ والرَّجْمِ ، وصاحبُ الشُّرْطةِ إنَّما هو مُسَلَّطٌ في الأدَبِ والجِبايَةِ[5] . وقال : ما للوالِى وذَا[6] ! إنَّما هو إلى القاضى . وتأوَّلَ القاضى الرِّوايةَ الأُولَى على أنَّ الوالِيَ أُذِنَ له في التَّزويجِ . ويَحتمِلُ أنَّه جَعَلَ له ذلك إذا لم يكُنْ في موضعِ ولايتِه قاضٍ ، فكأنَّه قد فَوَّضَ إليه النظرَ فيما يَحْتاجُ إليه في وِلايَتِه ، وهذا منها .

فصل : وإذا استَوْلَى أهلُ البَغْيِ على[7] بلدٍ ، جَرَى حُكْمُ سُلْطانِهِم وقاضِيهم في ذلك مَجْرَى الإمامِ وقاضِيه ؛ لأنَّه أُجْرِىَ مُجْراه في قَبْضِ الصَّدَقاتِ والجِزْيةِ والخَراجِ والأحْكامِ ، فكذلك في هذا .

فصل : واخْتلَفتِ الرِّوايةُ في المرأةِ تُسْلِمُ على يدِ رَجُلٍ ، فقال في موضعٍ : لا يكونُ وَلِيًّا

---

(1) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .
(2) تقدم تخريجه في : ٧ / ١٩٩ .
(3) في ا ، ب ، م : « ولاية » .
(4) الرستاق : السواد والقرى .
(5) في ا ، ب ، م : « والجناية » .
(6) في م : « ولاية » .
(7) في ب ، م : « في » .

لها ، ولا يُزَوِّجُ حتّى[8] يأتِيَ السُّلطانُ ؛ لأنَّه ليس من عَصَبَتِهـا[9] ، ولا يَعْقِلُ عنها ، ولا يَرِثُها ، فأشْبَه الأَجنبيَّ . وقال في رِوايةٍ أُخْرَى[10] ، في امْرأةٍ أسْلَمتْ على يدِ[11] رَجُلٍ : يُزَوِّجُها هو . وهو قولُ إسحاق . ورُوِيَ عن ابن سِيرِينَ[12] أنَّه لا يَفْعَلُ ذلك حتى يأتِيَ السُّلْطان . وعن الحسنِ أنَّه كان لا يَرَى بأْسًا أن يُزَوِّجَها نَفْسَه . [13]وذلك لما[13] رَوَى أبو داودَ[14] ، بإسْنادِه عن تَمِيمٍ الدّارِيِّ ، أنَّه قال : يا رسولَ اللهِ ، ما السُّنَّةُ في الرَّجُلِ يُسْلِمُ على يَدِ الرَّجُلِ من المسلمينَ ؟ قال : / « هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بمَحْيَاهُ ومَمَاتِهِ » . إلَّا أنَّ هذا الحديثَ ضَعَّفَه أحمدُ ، وقـال : رَاوِيـه[15] عبـدُ العزيـزِ – يعنـي ابْـنَ عُمَـرَ بن عبـد العزيزِ – وليس هو من أهلِ الحِفْظِ والإِتْقانِ .

٨/٧ ظ

فصل : فإن لم يُوجَدْ للمرأةِ وَلِيٌّ ولا ذو سلطانٍ ، فعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يُزَوِّجُها رَجُلٌ عَدْلٌ بإذْنِها ، فإنَّه قال في دُهْقانِ[16] قَرْيَةٍ : يُزَوِّجُ من لا[17] وَلِيَّ لها إذا احْتاطَ لها في الكُفْءِ والمَهْرِ ، إذا لم يكُنْ في الرُّسْتاقِ قاضٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : أخَذَ قومٌ من أصْحابِنا من هذه الرِّوايةِ ، أنَّ النِّكاحَ لا يَقِفُ على وَلِيٍّ . قال : وقال القاضي : نُصوصُ[18] أحمدَ تَمْنَعُ من ذلك . والصحيحُ أن هذا القولَ مُخْتَصٌّ بحالِ عَدَمِ الوَلِيِّ والسلطانِ ؛ لأنَّه شَرَطَ أن لا يكونَ في الرُّسْتاقِ قاضٍ . ووَجْهُ ذلك أنَّ اشْتِراطَ الوَلِيِّ هـٰهُنا يَمْنَعُ النِّكاحَ

---

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « عصباتها » .

(١٠) في الأصل : « حرب » .

(١١) في ب : « يدى » .

(١٢) في م : « مسعود » .

(١٣ – ١٣) في م : « ولما » .

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٤ .

(١٥) في ا ، ب ، م : « رواية » .

(١٦) الدهقان : زعيم فلاحي العجم .

(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٨) في م : « منصوص » .

بالكُلِّيَةِ ، فلم يَجُزْ ، كاشْتِراطِ المُناسِبِ فى حَقِّ مَنْ لا مُناسِبَ لها . ورُوِىَ أنَّه لا يَجُوزُ النِّكاحُ إلَّا بِوَلِىٍّ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ فيه .

١١٠٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَوَكِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإنْ كَانَ حَاضِرًا)

وجملةُ ذلك أنَّه يجوزُ التَّوْكِيلُ فى النِّكاحِ ، سواءٌ كان الوَلِىُّ حاضرًا أو غائبًا ، مُجْبِرًا أو غيرَ مُجْبِرٍ ؛ لأنَّه رُوِىَ أنَّ[1] النَّبِىَّ ﷺ[2] وَكَّلَ أبا رافِعٍ فى تَزْوِيجِه مَيْمُونةَ ، ووَكَّلَ عَمْرَو بن أُمَيَّةَ فى تَزْوِيجِه أُمَّ حَبِيبةَ[3] . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوضةٍ ، فجازَ التَّوْكِيلُ فيه كالبَيْعِ . ولأصْحابِ الشافعىِّ فى تَوْكِيلِ غيرِ الأبِ والجَدِّ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يَلِى بالإِذْنِ ، فلم يَجُزِ التَّوْكِيلُ له ، كالوَكِيلِ . ولَنا ، أنَّه يَلِى شَرْعًا ، فكان له التَّوْكِيلُ كالأبِ ، ولا يَصِحُّ قولُهم : إنَّه يَلِى بالإِذْنِ . فإنَّ وِلايَتَه ثابتةٌ قبلَ إذْنِها ، وإنَّما إذْنُها شَرْطٌ لصِحَّةِ تَصَرُّفِه ، فأشْبَهَ وِلايَةَ الحاكمِ عليها ، ولا خِلافَ فى أنَّ للحاكِمِ أن يَسْتَنِيبَ فى التَّزْويجِ من غيرِ إذْنِ المرأةِ ، ولأنَّ المرأةَ لا وِلايَةَ لها على نَفْسِها ، فكيف تُنِيبُ[4] لنائِبِها من قِبَلِها !

فصل : ويجوزُ التوكيلُ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ، فالمقيَّدُ التوكيلُ فى تزويجِ رَجُلٍ بعَيْنِه . والمُطْلَقُ[5] التَّوكيلُ فى تَزْوِيجِ مَنْ يَرْضاه أو مِن مَنْ[6] شاءَ[7] . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى

---

(١) فى م : « عن » .
(٢) فى م زيادة : « أنه » .
(٣) تقدم حديث أبى رافع فى : ٥ / ١٦٣ . وحديث عمرو بن أمية ، فى : ٧ / ١٩٧ ، وصفحة ٣٥٧ .
(٤) سقط من : م .
(٥) فى الأصل زيادة : « فى » .
(٦) سقط من : ا ، ب .
(٧) فى م : « يشاء » .

روَايةِ عبدِ الله ، فى الرَّجُلِ يُوَلِّى على أُخْتِه أو ابْنَتِه[8] ، يقول : إذا وَجَدْتَ مَنْ تَرْضاه فزَوِّجْه[9] . فتزويجُه جائزٌ . ومَنَع بعضُ الشافعيةِ التَّوكيلَ المُطْلَقَ . ولا يَصِحُّ ؛ فإنَّه رُوِىَ أن رَجُلًا من العَرَبِ تَرَكَ ابْنَتَه عند عمرَ ، وقال : إذا وَجَدْتَ لها كُفُوًا فزَوِّجْه إيَّاها ، ولو بشِرَاكِ نَعْلِه . فزَوَّجَها عمرُ[10] عثمانَ بن عَفَّان ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فهى أُمُّ عُمَرَ[11] بن عثمانَ[12] . واشْتَهَرَ / ذلك فلم يُنْكَرْ ، ولأنَّه إذْنٌ فى النِّكاحِ ، فجاز مُطْلَقًا ، كإذْنِ المرأةِ ، أو عَقْدٌ فجازَ التوكيلُ فيه مُطْلَقًا . واللهُ أعلم .

٩/٧و

فصل : ولا يُعْتَبَرُ فى صِحَّةِ الوكالةِ إذْنُ المَرْأةِ فى التَّوكيلِ ، سواءٌ كان المُوَكِّلُ أبًا أو غيرَه . ولا يَفْتَقِرُ إلى حُضُورِ شاهِدَيْنِ . وقال بعضُ الشافعيةِ : لا يجوزُ لغيرِ المُجْبِرِ التَّوكيلُ إلَّا بإذْنِ المرأةِ . وخَرَّجَه القاضى على الرِّوايتَيْنِ فى توكيلِ الوَكيلِ من غيرِ إذْنِ المُوَكِّلِ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ بنِ صالحٍ ، أنَّه لا يَصِحُّ إلَّا بحَضْرةِ شاهِدَين ؛ لأنَّه يُرادُ لحِلِّ الوَطْءِ ، فافْتَقَرَ إلى الشَّهادةِ ، كالنِّكاحِ . ولَنا ، أنَّه إذْنٌ من الوَلِىِّ فى التَّزويجِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إذْنِ المرأةِ ، ولا إلى إشْهادٍ ، كإذْنِ الحاكِمِ . وقد بَيَّنَّا أن الوَلِىَّ ليس بوَكِيلٍ للمرأةِ[13] ، وهذا التوكيلُ لا يَمْلِكُ به البُضْعَ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إشْهادٍ ، بخِلافِ النِّكاحِ . ويَبْطُلُ ما ذَكَره الحسنُ بن صالحٍ بالتَّسَرِّى .

فصل : ويَثْبُتُ للوكيلِ مثلُ[14] ما يَثْبُتُ[15] للمُوَكِّلِ . وإن كان للوَلِىِّ الإجْبارُ ثَبَت

---

(٨) فى ب ، م : « وابنته » .

(٩) فى م : « فزوجها » .

(١٠) فى م زيادة : « من » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « عمرو » . ولعل الصواب ما فى الأصل ، فإن عمرا كان أكبر ولد عثمان الذين أعقبوا . انظر ترجمة عمر وعمرو ابنا عثمان فى تهذيب التهذيب ٧ / ٤٨١ ، ٨ / ٧٨ .

(١٢) لم نجده ، وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(١٣) فى ا : « المرأة » .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى ب : « ثبت » .

ذلك لوَكِيلِه . وإن كانت وِلايتُه وِلايةَ مُرَاجَعةٍ ، احتاجَ الوَكيلُ[16] إلى إذْنِها ومُرَاجَعَتِها ؛ لأنَّه نائبٌ فيثبتُ[17] له مثلُ ما ثَبتَ[18] لمَنْ يَنُوبُ عنه . وكذلك الحكمُ فى السلطانِ والحاكمِ يأْذَنُ لغيرِه فى التَّزويجِ ، فيكونُ المأْذونُ له قائِمًا مَقامَه .

فصل : واخْتَلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمهُ اللهُ ، هل تُسْتفادُ وِلايةُ[19] النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ ؟ فرُوِىَ أنَّها تُسْتفادُ بها . وهو اختيارُ الْخِرَقِىِّ ؛ لقولِه : أو وَصِىٌّ ناظرًا[20] له فى التَّزويجِ . وهو قولُ الحسنِ ، وحمَّادِ بن أبى سليمانَ ، ومالكٍ . وعنه لا تُسْتفادُ بالوَصِيَّةِ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحارثُ العُكْلِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّها وِلايةٌ تَنْتقِلُ إلى غيرِه شَرْعًا ، فلم يَجُزْ أن يُوصِىَ بها كالحَضانةِ ، ولأنَّه لا ضَرَرَ على الوَصِىِّ فى تَضْيِيعِها ووَضْعِها عند مَنْ لا يُكافِئُها ، فلم تَثْبُتْ له الولايةُ كالأَجْنَبِىِّ ، ولأنَّها وِلايةُ نِكاحٍ ، فلم تَجُزِ الوَصِيَّةُ بها ، كوِلايةِ الحاكمِ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامدٍ : إن كان لها عَصَبةٌ ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ بنِكاحِها ؛ [21]لأنَّه يُسْقِطُ حقَّهم بوَصِيَّتِه[21] ، وإن لم يكُنْ عَصَبةٌ ، جاز لعدَمِ ذلك . ولَنا ، أنَّها وِلايةٌ ثابتةٌ للأبِ ، فجازَتْ وَصِيَّتُه بها ، كوِلايةِ المالِ ، ولأنَّه يجوزُ أن يَسْتَنِيبَ فيها فى حَياتِه ، فيكونَ نائبُه قائِمًا مقامَه بعدَ مَوْتِه ، فجاز أن يسْتَنيبَ فيها ، كوِلايةِ المالِ . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بوِلايةِ المالِ . فعلى هذا لا يَصِيرُ وَصِيًّا فى النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ إليه فى المالِ ؛ / لأنَّها إحْدَى الوِلايَتَيْنِ، فلم يَمْلِكْها بالوصيةِ [22]إليه فى المالِ[22] ، كالوَصِيَّةِ[23] الأُخْرَى ، قِياسًا على وَصِيَّةِ المالِ لا تُمْلَكُ بالوَصِيَّةِ فى النِّكاحِ .

٩/٧ ظ

---

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى الأصل ، ب : « فثبت » .

(١٨) فى ا : « يثبت » .

(١٩) فى م : « الولاية فى » .

(٢٠) فى الأصل ، ب : « ناظر » .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢ – ٢٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٣) سقط من : ا .

فصل : فعلى هذا تجوزُ الوَصِيَّةُ بالنِّكاحِ مِنْ كلِّ ذِى وِلايةٍ ، سواءٌ كان مُجْبِرًا كالأبِ ، أو غيرَ مُجْبِرٍ كغيرِه ، ووَصِىُّ كلِّ وَلِىٍّ يقُومُ مَقامَه ، فإن كان الوَلِىُّ له الإجْبارُ فكذلك[24] لِوَصِيِّه[25] . وإن كان يحتاجُ إلى إذْنِها فوَصِيُّه[26] كذلك ؛ لأنَّه قائمٌ[27] مَقامَه ، فهو كالوَكِيلِ . وقال مالكٌ : إن عَيَّنَ الأبُ الزَّوْجَ ، مَلَكَ الوَصِىُّ إجبارَها ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، وإن لم يُعَيِّن الزَّوْجَ ، وكانت ابْنَتُه كبيرةً ، صَحَّت الوَصِيَّةُ ، واعْتُبِرَ إذْنُها ، وإن كانت صغيرةً ، انْتَظَرْنا بُلُوغَها ، فإذا أذِنَتْ ، جاز أن يُزَوِّجَها بإذْنِها . ولَنا ، أنَّ مَنْ مَلَكَ التَّزويجَ إذا عُيِّنَ له الزَّوْجُ ، مَلَكَ مع الإطْلاقِ ، كالوَكِيلِ ، ومتى زَوَّجَ وَصِىُّ[28] الأبِ الصغيرةَ فبَلَغَتْ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الوَصِىَّ قائِمٌ مقامَ المُوصِى ، فلم يَثْبُتْ فى تَزْوِيجِه خِيارٌ ، كالوَكِيلِ .

١١٠٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْأَقْرَبُ مِنْ عَصَبَتِهَا طِفْلًا أَوْ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا ، زَوَّجَها الْأَبْعَدُ مِنْ عَصَبَتِهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ الوِلايةَ لا تثبتُ لِطِفْلٍ ولا عَبْدٍ ولا كافرٍ على مُسْلِمةٍ بحالٍ ، فعندَ ذلك يكونُ وُجودُهم كالعَدَمِ ، فتَثْبُتُ الوِلايةُ لمَنْ هو أبْعَدُ منهم كما لو ماتُوا . وتُعْتَبرُ لثُبوتِ الوِلايةِ لمَنْ سَمَّيْنا سِتَّةُ شُرُوطٍ ؛ العَقْلُ ، والحُرِّيَّةُ ، والإسلامُ ، والذُّكُورِيَّةُ ، والبُلُوغُ ، والعَدالةُ ، على اختلافٍ نَذْكُرُه . فأمَّا العقلُ ، فلا خِلافَ فى اعتبارِه ؛ لأنَّ الوِلايةَ إنَّما تَثْبُتُ نَظَرًا للمُوَلَّى عليه عندَ عَجْزِه عن النَّظَرِ لنَفْسِه ، ومَنْ لا عَقْلَ له لا يُمْكِنُه النَّظَرُ ، ولا

---

(٢٤) فى الأصل : « فذلك » .

(٢٥) فى ا ، م : « وصية » .

(٢٦) فى ا ، م : « فوصيا » .

(٢٧) فى م : « يقوم » .

(٢٨) فى م : « وكيل » .

يَلِى نَفْسَه، فغيرُه أَوْلَى، وسواءٌ فى هذا مَنْ لا عَقْلَ له لصِغَرِه كطِفْلٍ[1]، أو مَنْ[2] ذَهَبَ عَقْلُه بِجُنُونٍ أو كِبَرٍ، كالشَّيْخِ إذا أَفْنَدَ[3]. قال القاضى: والشَّيْخُ الذى قد ضَعُفَ لكِبَرِه[4]، فلا يَعْرِفُ مَوْضِعَ الحَظِّ[5] لها، لا وِلايَةَ له. فأمَّا الإِغْماءُ فلا يُزِيلُ الوِلايَةَ؛ لأنَّه يَزُولُ عن قُرْبٍ، فهو كالنَّوْمِ، ولذلك لا تثبتُ الوِلايةُ عليه، ويجوزُ على الأنْبِياءِ عليهم السلامُ. ومَنْ كان يُجَنُّ فى الأحْيانِ لم تَزُلْ وِلايَتُه؛ لأنَّه لا يَسْتَدِيمُ زَوَالُ عَقْلِه، فهو كالإِغْماءِ. الشَّرْط الثانى، الحُرِّيَّةُ، فلا وِلايَةَ لعَبْدٍ فى قولِ جماعةِ أهْلِ العلمِ، فإنَّ العَبْدَ لا وِلايَةَ له على نَفْسِه، فعلى غيرِه أَوْلَى. وقال أصْحابُ الرَّأْىِ: يجوزُ أن يُزَوِّجَها العَبْدُ بإذْنِها، بِناءً منهم[6] على أنَّ المرأةَ تُزَوِّجُ نَفْسَها. وقد مَضَى الكلامُ فى هذه المسألة. الشَّرْط الثالث، الإسلامُ، / فلا يثبتُ لكافرٍ وِلايةٌ على مُسْلِمةٍ. وهو قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ أيضا. قال ابنُ المُنْذِرِ: أجْمَعَ عامَّةُ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ على هذا. قال أحمدُ: بَلَغَنا أنَّ عَلِيًّا أجازَ نِكاحَ أخٍ[7]، ورَدَّ نِكاحَ الأبِ وكان نَصْرانِيًّا. الشَّرْط الرَّابع، الذُّكُورِيَّةُ شرطٌ للوِلايةِ فى قولِ الجميعِ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ فيها الكَمالُ، والمرأةُ ناقصةٌ قاصرةٌ، تَثْبُتُ الوِلايةُ عليها لقُصُورِها عن النَّظَرِ لنَفْسِها، [8]فلأنْ لا[8] تَثْبُتَ لها وِلايةٌ[9] على غيرِها أَوْلَى. الشَّرْط الخامس، البُلُوغُ شرطٌ فى ظاهرِ المَذْهبِ. قال أحمدُ: لا يُزَوِّجُ الغلامُ حتى يَحْتَلِمَ، ليس له أمْرٌ. وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ، منهم الثَّوْرِىُّ والشافعىُّ، وإسحاقُ، وابنُ المُنْذِرِ، وأبو ثَوْرٍ. وعن أحمدَ، روايةٌ أُخْرَى، أنَّه إذا بَلَغَ عَشْرًا

١٠/٧و

---

(١) سقط من: الأصل. وفى ا، ب: «كالطفل».

(٢) فى الأصل، م: «ومن».

(٣) أفند: ضعف رأيه من الهرم.

(٤) فى الأصل، ا: «لكبر».

(٥) فى م: «الحفظ».

(٦) سقط من: م.

(٧) فى م: «الأخ».

(٨-٨) فى ا، ب، م: «فلا».

(٩) سقط من: الأصل.

زَوَّجَ ، وتَزَوَّجَ ، وطَلَّقَ ، وأُجِيزَتْ وَكالَتُه (10) في الطلاقِ (10) . وهذا يَحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِيِّ ؛ لتَخْصِيصِه المَسْلُوبَ الوِلايةِ بكَوْنِه طِفْلًا ، ووَجْهُ ذلك أنَّه يَصِحُّ بَيْعُه ووَصِيَّتُه وطَلَاقُه (11) ، فثَبَتَتْ (12) له الوِلايةُ (13) كالبالِغِ . والأَوَّلُ اخْتِيارُ أبي بكرٍ ، وهو الصحيحُ ؛ لأنَّ الوِلايةَ يُعْتَبَرُ لها كَمالُ الحالِ ، لأنَّها (14) تَنْفِيذُ التَّصَرُّفِ (14) في حَقِّ غيرِه اعْتُبِرَتْ نَظَرًا له ، والصَّبِيُّ مُوَلًّى عليه لقُصُورِه ، فلا تَثْبُتُ له الوِلايةُ ، كالمرأةِ . الشَّرْطُ السادس ، العَدَالةُ . وفي كَوْنِها شَرْطًا رِوايتانِ ؛ إحداهما ، هي شَرْطٌ . قال أحمدُ : إذا كان القاضي مثلَ ابن الحَلَبِيِّ وابن الجَعْدِيِّ (15) اسْتَقْبَلَ النِّكاحَ . فظاهرُ هذا أنَّه أفْسَدَ النِّكاحَ لانْتِفاءِ عَدالةِ المُتَوَلِّي (16) له (17) . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ وذلك لما رُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا نِكَاحَ إلَّا (18) بشَاهِدَيْ عَدْلٍ ووَلِيٍّ مُرْشِدٍ (18) . قال أحمدُ : أصَحُّ شيءٍ في هذا قولُ ابنِ عباسٍ ، وقد رُوِىَ - يَعْنِي (19) عن (13) ابن عباسٍ - قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : «لَا نِكاحَ إلَّا بوَلِيٍّ وشَاهِدَيْ عَدْلٍ . وأَيُّمَا امْرَأةٍ أنْكَحَهَا وَلِيٌّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ» (20) . ورَوَى (21) أبو بكرٍ (22) البَرْقَانِيُّ بإسْنادِه عن جابرٍ قال :

(10 - 10) سقط من : م .

(11) في م : « في طلاقه » .

(12) في ب ، م : « فثبت » .

(13) سقط من : ا .

(14 - 14) في م : « تتقيد بالتصرف » .

(15) في الأصل : « الجعد » ، ولعلهما مثلان لقضاة غير عدول في زمنه .

(16) في ب ، م : « المولى » .

(17) سقط من : الأصل .

(18 - 18) في م : « بولي مرشد وشاهدي عدل » .

وأخرجه البيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بولي مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 126 .

(19) سقط من : ب ، م .

(20) أخرجه الدارقطني ، في كتاب النكاح . سنن الدارقطني 3 / 221 ، 222 . والبيهقي ، في : باب لا نكاح إلا بولي مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 124 .

(21) في م زيادة : « عن » .

(22) في م : « أبي بكر » .

=

قال رسولُ الله ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ »[٢٣] . ولأنَّها وِلايةٌ نَظَرِيَّةٌ ، فلا يَسْتَبِدُّ بها الفاسِقُ ، كوِلايةِ المالِ . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، ليست بشَرْطٍ . نقَل مُثَنَّى بن جامعٍ ، أنَّه سأل أحمدَ : إذا تزوَّجَ بوَلِيٍّ فاسِقٍ[٢٤] ، وشُهُودٍ غيرِ[٢٥] عُدُولٍ ؟ فلم يَرَ أنَّه يَفْسُدُ من النِّكاحِ شىءٌ ، وهذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه ذكَرَ الطِّفلَ والعبدَ والكافرَ ، ولم يذكرِ الفاسقَ . وهو قول مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه يَلِى نكاحَ نَفْسِه ، فتَثْبُتُ له الوِلايةُ على غيرِه ، كالعَدْلِ[٢٦] ، ولأنَّ سَبَبَ الوِلايةِ القَرابةُ ، وشَرْطَها / النَّظَرُ ، وهذا قَرِيبٌ ناظِرٌ ، فيَلِى كالعَدْلِ . ١٠/٧ ظ

فصل : ولا يُشْتَرطُ أن يكونَ بَصِيرًا ؛ لأنَّ شُعَيْبًا ، عليه السلامُ ، زَوَّجَ ابنتَه وهو أعْمَى ، ولأنَّ المقصودَ فى النِّكاحِ يُعْرَفُ بالسَّماعِ والاسْتِفاضةِ ، فلا يَفْتَقِرُ إلى النَّظَرِ . ولا يُشْتَرَطُ كونُه ناطِقًا ، بل يجوزُ أن يَلِىَ الأَخْرَسُ إذا كان مَفْهُومَ الإِشارةِ ؛ لأنَّ إشارَتَه تقومُ مَقامَ نُطْقِه فى سائرِ العُقُودِ والأحكامِ ، فكذلك فى النِّكاحِ .

فصل : ومَنْ لم تَثْبُتْ له الوِلايةُ ، لا[٢٧] يَصِحُّ تَوْكِيلُه ؛ لأنَّ وَكِيلَه نائبٌ عنه وقائمٌ مقامَه . وإن وَكَّله الوَلِىُّ فى تَزْوِيجِ مُوَلِّيَتِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها وِلايةٌ ، وليس هو من أهْلِها ، ولأنَّه لمَّا لم يَمْلِكْ تَزْوِيجَ مُناسِبَتِه بوِلايةِ النَّسَبِ ، فلأنْ لا يَمْلِكَ تزويجَ مُناسبَةِ غيرِه بالتَّوْكيلِ أَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ تَوْكِيلُ العَبْدِ والفاسِقِ والصبىِّ المُمَيِّزِ فى العَقْدِ ؛

= وهو أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد البرقانى الفقيه المحدث الأديب ، صاحب التصانيف المشهورة ، توفى سنة خمس وعشرين وأربعمائة . اللباب ١ / ١١٣ .

(٢٣) أورده الهيثمى ، فى : باب ما جاء فى الولى والشهود ، من كتاب النكاح . مجمع الزوائد ٤ / ٢٨٦ . ولم يورد فيه لفظ : « مرشد » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) فى م : « كالعدول » .

(٢٧) فى م : « لم » .

لأنَّهم من أَهْلِ اللَّفظِ بالعَقْدِ ، وعِبارَتُهم فيه صَحِيحةٌ ، ولذلك صَحَّ قَبُولُهم النِّكاحَ لأنفسِهِم ، وإنَّما سُلِبُوا الوِلَايَةَ نَفْسَها ؛ لأنَّه يُعْتَبرُ لها الكمالُ ، ولا حاجةَ إليه فى اللَّفظِ به . فأمَّا إن وَكَّلَه الزَّوْجُ فى قَبولِ النكاحِ له ، أو وَكَّله الأبُ فى قَبولِ النِّكاحِ لابْنه الصَّغِيرِ ، فقال أصْحابُنا : لايَصِحُّ ؛ لأنَّه أحَدُ طَرَفَي العَقْدِ ، فلم يَجُزْ تَوْكِيلُه فيه كالإيجابِ . ويَحْتَمِلُ جوازَ تَوْكيلِ مَنْ ذَكَرْنا فيه ؛ لأنَّهم من أهْلِه ، ويَصِحُّ قَبُولُهم النِّكاحَ لأنفُسِهِم ، فجاز أن يَنُوبُوا فيه عن غيرِهم ، كالبيعِ . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشَّافعيِّ فى العَبْدِ[٢٨] .

١١١٠ – مسألة ؛ قال : (ويُزَوِّجُ أَمَةَ الْمَرْأَةِ بإذْنِهَا مَنْ يُزَوِّجُهَا)

اختلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى مَن يُزَوِّجُ أمةَ المرأةِ ، فرُوِىَ عنه ، أنَّه يَلِى نكاحَها [١] وَلِيُّ سَيِّدَتِها [١] . قال القاضى : هذا هو الصحيحُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ مُقْتضَى الدَّليلِ كَوْنُ الولايةِ لها ، فامْتَنعتْ فى حَقِّها لقُصُورِها ، فتَثْبُتُ لأوْليائِها ، كوِلايةِ نَفْسِها ، ولأنَّهم يَلُونَها لو عَتَقَتْ ، ففى حال رِقِّها أوْلَى . ثم إن كانتْ سَيِّدَتُها رَشِيدةً ، لم يَجُزْ تَزْويجُ أمَتِها إلَّا بإذْنِها ؛ لأنَّها مالُها ، ولا يجوزُ التَّصرُّفُ فى مالِ رَشِيدٍ بغيرِ إذْنِه ، ويُعْتَبرُ نُطْقُها بذلك وإن كانت بِكْرًا ؛ لأنَّ صُمَاتَها إنَّما اكْتُفِىَ به فى تَزْويجِ نَفْسِها لحيائِها ، ولا تَسْتَحْيِى من تَزْويجِ أمَتِها ، وإن كانت صغيرةً أو مجنونةً أو سَفِيهةً ، ولوَلِيِّها ولايةٌ على مالِها ، فله تَزْويجُ أمَتِها ، إن كان الحَظُّ فى تَزْوِيجِها ، وإلَّا فلا يَمْلِكُ تزويجَها . وكذلك الحكمُ فى أمَةِ ابْنِه الصغيرِ [٢] . وقال بعضُ الشافعيةِ : ليس له تَزْوِيجُها بحالٍ ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بمالِ الصغيرةِ [٣] ؛ لأنَّها ربَّما حَمَلَتْ فتَلِفَتْ . ولَنا ، / أنَّ له التَّصرُّفَ بما فيه الْحَظُّ ، والتَّزويجُ ها هنا فيه الحظُّ ؛ لأنَّ الكلامَ فيه ، فجازَ ، كسائرِ التَّصرُّفاتِ

١١/٧ و

---

(٢٨) فى م : « العدة » .

(١ – ١) فى م : « والى سيادتها » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ا ، ب ، م : « الصغير » .

الجائزةِ ، واحتِمالُ الخطَرِ[4] مَرْجوحٌ بما[5] فيه من تَحْصِيلِ مَهْرِها ، وَوَلَدِها ، وكِفَايةِ مُؤْنتِها ، وصيانتِها عن الزِّنى المُوجِبِ للحَدِّ فى حَقِّها ، ونَقْصِ[6] قيمَتِها ، والمَرْجُوحُ كالمَعْدومِ . وإن كان وَلِيُّها فى مالِها غيرَ وَلِيِّ[7] تَزْوِيجِها ، فوِلايةُ تَزْوِيجِها للوَلِيِّ فى المالِ دُونَ وَلِيِّ التَّزْوِيجِ ؛ لأنَّه هو المُتَصَرِّفُ فى المالِ ، وهى مالٌ . والرِّوايةُ الثانية ، أنَّ للمرأةِ أن تُوَلِّىَ أمْرَ أَمَتِها رَجُلًا يُزَوِّجُها . نَقَلَها عن أحمدَ جماعةٌ ؛ لأنَّ سَبَبَ الوِلايةِ المِلْكُ ، وقد تَحَقَّقَ فى المرأةِ ، وامْتَنعتِ المُناشَزَةُ[8] لنَقْصِ الأُنُوثةِ ، فمَلَكَتِ التَّوْكِيلَ ، كالرَّجُلِ المَرِيضِ والغائبِ . ونُقِلَ عن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ رِوايةً ثالثةً ، وهو أن سَيِّدَتَها تُزَوِّجُها ، فإنَّه قيل له : تُزَوِّجُ أَمَتَها ؟ قال : قد قِيلَ ذلك ، هى مالُها . وهذا يَحْتَمِلُ أنَّه ذَهَبَ إليه . وهو قولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّها مالِكةٌ لها ، ووِلايَتُها تامَّةٌ عليها ، فملَكَتْ تَزْوِيجَها ، كالسَّيِّدِ ، ولأنَّها تَمْلِكُ بَيْعَها وإجارَتَها ، فمَلَكَتْ تَزْوِيجَها ، كسَيِّدِها ، ولأنَّ الوِلايةَ إنَّما تَثْبُتُ على المرأةِ لتَحْصِيلِ الكفايةِ ، وصيانةً لحظِّ الأوْلياءِ فى تَحْصِيلِها ، فلا تَثْبُتُ عليها الوِلايةُ فى أَمَتِها ؛ لعَدَمِ اعتبارِ الكفايةِ ، وعدمِ الحَقِّ للأوْلياءِ فيها . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ قال هذا حِكايةً لمذهبِ[9] غيرِه ، فإنه قد[10] قال فى سِياقِها : أحَبُّ إلَىَّ أن تَأْمُرَ [11]مَن يُزَوِّجُها[11] ؛ لأنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ . وقد ذَكَرْنا فى خبرِ أبى هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا تُنْكِحُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ »[12] . وقالت عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها : زَوِّجُوا ، فإنَّ

---

(٤) فى ا ، م : « الحظ » .

(٥) فى ا ، م : « لما » .

(٦) فى م : « وبعض » .

(٧) فى ا ، م زيادة : « فى » .

(٨) المناشزة : مفاعلة من النشوز ، وهو الامتناع والعصيان .

(٩) فى ا ، م : « بمذهب » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

(١١ – ١١) فى ا ، ب ، م : « زوجها » .

(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٣ .

النِّساءَ لا يُزَوِّجْنَ ، واعْقِدُوا ، فإنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ[١٣] . ولأنَّ المرأةَ لا تَمْلِكُ أن تُزَوِّجَ نَفْسَها ، فغيرَها أَوْلَى .

١١١١ – مسألة ؛ قال : (ويُزَوِّجُ مَوْلَاتَها مَنْ يُزَوِّجُ أَمَتَها)

يعنى عَتِيقَتَها . وهذه فيها رِوايتان ؛ إحداها ، أنَّ لمَوْلاتِها التَّوْكيلَ فى تَزْويجِها رَجُلًا ؛ لأنَّها عَصَبَتُها ، وتَرِثُها بالتَّعْصِيبِ ، فأشْبهتِ المُعْتِقَ[١] . والثانية ، وَلِىُّ سَيِّدَتِها وَلِيُّها . وهى الأصَحُّ ؛ لأنَّ هذه وِلايةٌ لِنِكاحِ[٢] حُرَّةٍ ، والمرأةُ ليست من أهلِ ذلك ، فيكونُ إلى عَصَباتِها[٣] ، لأنَّهم الذين يَعْقِلُون عنها ، ويَرِثُونها بالتَّعْصيبِ عند عَدَمِ سَيِّدَتِها ، فكانوا أولياءَها ، كما لو تَعَذَّرَ على المُعْتِقِ تَزْويجُ مُعْتَقَتِه لمَوْتٍ أو جُنُونٍ . وقد ذكَرْنا أنَّه إذا انْقَرَضَ العَصبةُ من النَّسَبِ ، وَلِىَ المَوْلَى المُعْتِقُ ثم عَصَباتُه[٤] من بعدِه ، الأقْربُ فالأقربُ ، كذا هـٰهُنا ، إلَّا أنَّ ظاهرَ كلامِ الخِرَقِىِّ / هـٰهُنا تَقْدِيمُ أبى[٥] المُعْتِقةِ على ابْنِها ، لأنَّه الذى يُزَوِّجُها . وذكَرْنا ثَمَّ خِلافَ هذا . ويُعْتَبَرُ[٦] فى وِلايَتِه[٧] شَرْطان ؛ أحدهما ، عَدَمُ العَصبةِ من النَّسَبِ ؛ لأنَّ المُناسِبَ أقْرَبُ من المُعْتِقِ ، وأَوْلى منه . والثانى ، إذْنُ المُزَوِّجَةِ[٨] ؛ لأنَّها حُرَّةٌ ، وليست له وِلايةُ إجْبارٍ ، فإنَّه أبْعَدُ العَصَباتِ ،

١١/٧ و

---

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٨ . والبيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١١٠ .

(١) فى الأصل ، ا ، م : « العتق » .

(٢) فى ا ، م : « النكاح » .

(٣) فى ا ، م : « عصبتها » .

(٤) فى الأصل ، م : « عصابته » .

(٥) فى م زيادة : « حنيفة » خطأ .

(٦) فى الأصل : « ويصير » .

(٧) فى م : « ولائه » .

(٨) فى م : « الزوجة » .

ولا يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ مَوْلاتِها ؛ لأنَّها لا وِلايَةَ لها ولا مِلْك ، فأشْبهتْ قَرِيبَ الطِّفْلِ إذا زَوَّجَ البَعِيدَ[9] .

فصل : وإذا كان للأَمَةِ مَوْلَى ، فهو وَلِيُّها ، وإن كان لها مَوْلَيانِ ، فالوِلايَةُ لهما ، وليس لواحِدٍ منهما الاسْتِقْلالُ بالوِلايةِ بغيرِ إذْنِ صاحِبه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا نِصْفَها . وإن اشْتَجَرا لم يكُنْ للسلطانِ أن يَنُوبَ عنهما ؛ لأنَّ تَزْوِيجَها تَصَرُّفٌ في المالِ ، بخلافِ الحُرَّةِ ، فإنَّ نِكاحَها حَقٌّ لها ، ونَفْعَهُ عائِدٌ إليها ، ونكاحُ الأَمَةِ حقٌّ لسَيِّدِها ، ونَفْعُه[10] عائدٌ إليه ، فلم [11]يَنُبِ السُّلْطانُ[11] عنه فيه . فإن أعْتَقاهَا[12] ولها عَصَبةٌ مُناسِبٌ ، فهو أوْلَى منهما ، وإن لم يكُنْ لها عَصَبةٌ ، فهما وَلِيَّاها ، ولا يَسْتَقِلُّ أحدُهُما بالتَّزْوِيجِ ؛ لأنَّ وِلايتَه على نِصْفِها . فإن اشْتَجَرا[13] أقام الحاكمُ مُقامَ المُمْتَنِعِ منهما ؛ لأنَّها[14] صارت حُرَّةً ، وصار نِكاحُها حَقًّا لها . وإن كان المُعْتِقُ أو المُعْتِقةُ واحدًا ، وله عَصَبتَان[15] في دَرَجةٍ واحدةٍ ، كالابْنَيْنِ أو الأَخَوَيْنِ ، فلأَحَدِهِما الاسْتِقْلالُ بتَزْوِيجِها ، كما يَمْلِكُ تزويجَ سَيِّدَتِها .

١١١٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً هُوَ وَلِيُّها ، جَعَلَ أَمْرَهَا إِلَى رَجُلٍ يُزَوِّجُهَا مِنْهُ بِإِذْنِهَا[1])

وجملتُه أنَّ وَلِيَّ المرأةِ التى يَحِلُّ له نِكاحُها ، وهو ابنُ العَمِّ ، أو المَوْلَى أو الحاكمُ ، أو

---

(٩) فى حاشية ا : « وذكر الشيخ محيى الدين ، فى البلغة ، أن الصحيح فى المعتقة أنها تستأذن أيضا ، خلافا لما نقله الشيخ هنا . أعنى فى إذن المعتق بكسر القاف » . ولعل الصواب « بكسر التاء » .

(١٠) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(١١ – ١١) فى م : « يثبت للسلطان ولاية » .

(١٢) فى م : « أعتقها » .

(١٣) فى م زيادة : « أمام الحاكم » .

(١٤) فى ب ، م : « لأنهما » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « عصبات » .

(١) سقط من : م .

السلطانُ، إذا أُذِنَتْ له أن يَتزوَّجها[٢]، فله ذلك، وهل له أن يَلِيَ[٣] طَرَفَي العَقْدِ بنفسِه؟ فيه روايتان؛ إحداهما، له ذلك. وهو قولُ الحسنِ، وابنِ سيرينَ، ورَبِيعةَ، ومالكٍ، والثَّوريِّ، وأبي حنيفةَ، وإسحاقَ، وأبي ثَوْرٍ، وابنِ المُنْذِرِ؛ لما رَوَى البُخاريُّ[٤]، قال: قال عبدُ الرحمنِ بن عَوْفٍ، لأُمِّ حَكِيمٍ ابنةِ قارِظٍ: أتَجْعَلِينَ أمْرَكِ إليَّ؟ قالتْ: نعم. قال: قد تَزَوَّجْتُكِ. ولأنَّه يَمْلِكُ الإيجابَ والقَبُولَ، فجاز أن يتولَّاهُما، كما لو زَوَّجَ أمَتَهَ عَبْدَه الصغيرَ، ولأنَّه عَقْدٌ وُجِدَ فيه الإيجابُ من وَلِيٍّ ثابتِ الولايةِ، والقَبُولُ من زوجٍ هو أهلٌ للقَبُولِ، فصَحَّ، كما لو وُجِدَا من رَجُلَيْنِ. وقد رُوِيَ أنَّ[٥] النَّبِيَّ ﷺ[٦]: أعْتَقَ صَفِيَّةَ، وجَعَلَ عِتْقَها صَداقَها[٧]. فإن قيل: فقد رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «كُلُّ نِكَاحٍ لم يَحْضُرْهُ أربعةٌ / فَهُوَ سِفَاحٌ: زَوْجٌ، ووَلِيٌّ، وشَاهِدَانِ»[٧]. قُلْنا: هذا لا نَعْرِفُ[٨] صِحَّتَه، وإن صَحَّ فهو مَخْصوصٌ بمَنْ زَوَّجَ أمَتَه عبدَه الصَّغيرَ، فيُخَصُّ منه محلُّ النِّزاعِ أيضا. وهل يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ الإيجابِ والقَبُولِ، أم يُكْتَفَى بمُجَرَّدِ الإيجابِ؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يَحتاجُ أن يقولَ: زَوَّجْتُ نَفْسِي فلانةَ، وقَبِلْتُ هذا النِّكاحَ. لأنَّ ما افْتَقَرَ[٩] إلى الإيجابِ افْتَقَرَ[٩] إلى القَبُولِ، كسائرِ العُقُودِ. والثاني، يَكْفِيه أن يقول: زَوَّجْتُ نفسِي فلانةَ، أو تَزَوَّجْتُ فلانةَ. وهو قولُ مالكٍ، وأبي حنيفةَ؛ لحديثِ عبدِ الرحمنِ بن عَوْفٍ، ولأنَّ إيجابَه يتضَمَّنُ القَبُولَ، فأشْبَهَ إذا تقدَّمَ الاسْتِدْعاءُ، ولهذا قُلْنا: إذا قال لأَمَتِه: قد[١٠] أعْتَقْتُكِ، وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ. انْعَقَدَ[١١] النكاحُ

١٢/٧و

---

(٢) في الأصل: «يزوجها».

(٣) في م: «يتولى».

(٤) في: باب إذا كان الولي هو الخاطب، من كتاب النكاح. صحيح البخاري ٧ / ٢١.

(٥) في م: «عن».

(٦) في م زيادة: «أنه».

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨.

(٨) في ا، م: «نعلم».

(٩) في م: «يفتقر».

(١٠) سقط من: الأصل.

(١١) في ا، م: «ينعقد».

بمُجَرَّدِ[١٢] هذا القولِ . والرِّواية الثانية[١٣] ، لا يجوزُ أن يتَوَلَّى طَرَفَيِ العَقْدِ ، ولكن يُوَكِّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُه إيَّاها بإذْنِها . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى روايةِ ابن منصورٍ : لا يُزَوِّجُ نَفْسَه حتى يُوَلِّىَ رَجُلًا ، على حديثِ المُغِيرةِ بن شُعْبةَ ، وهو ما رَوَى أبو داودَ[١٤] ، بإسنادِه عن عبدِ المَلِكِ بن عُمَيْرٍ ، أنَّ المُغِيرةَ بن شُعْبةَ ، أمَر رَجُلًا زَوَّجَهُ امرأةً المُغِيرةُ أَوْلَى بها منه . ولأنَّه عَقْدٌ مَلَكَه بالإذْنِ[١٥] ، فلم يَجُزْ أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْه ، كالبيع . وبهذا فارَقَ ما إذا زَوَّجَ أَمَتَه عبدَه الصغيرَ . وعلى هذه الرِّوايةِ[١٦] ، إن وَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ له [١٧]النِّكاحَ ، وتَوَلَّى[١٧] هو الإيجابَ ، جازَ . وقال الشافعىُّ فى ابنِ العَمِّ والمَوْلَى : لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكمُ ، ولا يجوزُ أن يَتَوَلَّى [١٨]طَرَفَيِ العَقْدِ[١٨] ، ولا أن يُوَكِّلَ مَنْ يُزَوِّجُه ؛ لأنَّ وَكِيلَه بمَنْزِلَتِه ، وهذا عَقْدٌ مَلَكَه بالإذْنِ ، فلا يَتولَّى طَرَفَيْه ، كالبَيْعِ . ولا يجوزُ أن يُزَوِّجَه مَنْ هو أبعدُ منه من أوْلِيائِها[١٩] ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ لهم مع وُجُودِه . ولَنا ، ما ذَكَرْناه من فِعْلِ الصَّحابةِ ، ولم يظهرْ خِلافُه ، ولأنَّ وَكِيلَه يجوزُ أن يَلِىَ العَقْدَ عليها لغيرِه ، فصَحَّ أن يَلِيَه عليها له إذا كانت تَحِلُّ له ، كالإمامِ[٢٠] إذا أراد أن يَتَزَوَّجَ[٢١] مُوَلِّيَتَه . ولأنَّ هذه امرأةٌ ، ولها وَلِىٌّ حاضرٌ غيرُ عاضِلٍ ، فلم يَلِها الحاكمُ، كما لو أراد أن

---

(١٢) فى الأصل : « لمجرد » .

(١٣) فى ا زيادة : « أنه » .

(١٤) لم نجده عند أبى داود ، وإنما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا كان الولى هو الخاطب ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢١ . وذكر الألبانى فى إرواء الغليل ٦ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ أنه ليس فى سنن أبى داود .

(١٥) فى الأصل : « بإذن » .

(١٦) فى الأصل زيادة : « أنه » .

(١٧-١٧) فى م : « العقد وتولد » .

(١٨-١٨) فى م : « طرفيه كالبيع » .

(١٩) فى م : « الأولياء » .

(٢٠) فى الأصل : « والإمام » .

(٢١) فى م : « يزوج » .

يُزَوِّجَها غيرَه . ومفهومُ قولِه عليه السلام : « السُّلْطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ »[٢٢] . أنَّه لا وِلايَةَ له على هذه .

فصل : وإذا أَذِنَتْ له فى تَزْوِيجِها ، ولم تُعَيِّن الزَّوْجَ ، لم يَجُزْ أن يُزَوِّجَها نَفْسَه ؛ لأنَّ إطْلاقَ الإِذْنِ يقتضِى تَزْوِيجَها غيرَه ، ويجوزُ تَزْوِيجُها لوَلَدِه ؛ لأنَّه غيرُه . فإن زَوَّجَها / لابْنِه الكبيرِ ، قَبِلَ لنَفْسِه ، وإن زَوَّجَها لابْنِه الصغيرِ ، ففيه الرِّوايتانِ فى تَوَلِّى طَرَفَىِ العقدِ ؛ فإن قُلْنا : لا يَتَوَلَّاه . فوَكَّلَ رَجُلًا يُزَوِّجُها لوَلَدِه ، وقَبِلَ هو النِّكاحَ له ، افْتَقَرَ إلى إذْنِها للوَكِيلِ ، على ما قَدَّمْنا من[٢٣] أن الوَكِيلَ لا يُزَوِّجُها[٢٤] إلَّا بإذْنِها . وإن وَكَّلَ رَجُلًا يَقْبَلُ لوَلَدِه النِّكاحَ ، وأَوْجَبَ هو النِّكاحَ[٢٥] ، لم يَحْتَجْ إلى إذْنِها ؛ لأنَّها قد أَذِنَتْ له .

١٢/٧ظ

فصل : وإذا زَوَّجَ أَمَتَه عبدَه الصغيرَ ، جاز له[٢٦] أن يتَوَلَّى طَرَفَىِ العقدِ ؛ لأنَّه مالِكٌ[٢٧] ذلك بحُكْمِ المِلْكِ ، لا بحُكْمِ الإِذْنِ ، فى قولِهم جميعا . وإن كان مالكًا لأحدِ طَرَفَىِ العقدِ ، فوَكَّلَه مالكُ الطَّرَفِ الآخَرِ فيه ، أو وَكَّلَه الوَلِىُّ فى الإِيجابِ والزَّوْجُ فى القَبُولِ ، خُرِّجَ فيه وَجْهان ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ ؛ لأنَّه مَلَكَ ذلك بالإِذْنِ . وإن[٢٨] زَوَّجَ ابْنَتَهُ الكبيرةَ عَبْدَه الصَّغيرَ[٢٩] ، لم يَجُزْ ذلك إلَّا برِضَاها ؛ لأنَّه لا[٣٠] يكافِئُها ، فيُخَرَّجُ فيه أيضا وَجْهان . وإن زَوَّجَه ابنَتَه الصغيرةَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له

---

(٢٢) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .
(٢٣) فى الأصل ، ب : « فى » .
(٢٤) فى ب : « يزوج » .
(٢٥) سقط من : م .
(٢٦) سقط من : الأصل .
(٢٧) فى الأصل : « ملك » .
(٢٨) سقطت الواو من : م .
(٢٩) فى م : « الكبير » .
(٣٠) فى م زيادة : « يكاد » .

تَزْوِيجُها ممَّن لا يُكافِئُها[٣١] . وعنه يجوزُ . وسَنَذْكُرُ ذلك ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

١١١٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يُزَوِّجُ كَافِرٌ مُسْلِمَةً بِحَالٍ ، وَلَا مُسْلِمٌ كَافِرَةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ سُلْطَانًا ، أو سَيِّدَ أَمَةٍ)

أمَّا الكافرُ فلا وِلايةَ له على مُسْلِمةٍ بحالٍ، بإجماعِ أهلِ العلمِ، منهم؛ مالكٌ، والشافعيُّ ، وأبو عُبيدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ على هذا كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ . وقال أبو الخَطَّابِ في الذِّمِّيِّ : إذا أسْلَمَتْ أمُّ وَلَدِه ، هل يَلِي نِكاحَها ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، يَلِيه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه ، فيَلِي نِكاحَها كالمُسْلِمِ ، ولأنَّه عَقْدٌ عليها فيَلِيه كإجَارَتِها . والثاني ، لا يَلِيه ؛ لقَوْلِ الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[١] . ولأنَّها مُسْلِمةٌ فلا يَلِي نِكاحَها كابْنَتِه . فعلى هذا يُزَوِّجُها الحاكمُ . وهذا أَوْلَى[٢] ؛ لما ذَكَرْنا من الإجْماعِ . وأما المُسْلِمُ فلا وِلايةَ له[٣] على الكافِرةِ[٤] ، غيرَ[٥] السَّيِّدِ والسُّلطانِ وَوَلِيِّ سَيِّدِ الأَمَةِ الكافِرةِ؛ وذلك لقولِ الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[٦] . ولأنَّ مُخْتَلِفَي الدِّينِ لا يَرِثُ أَحَدُهما الآخرَ ، ولا يَعْقِلُ عنه ، فلم يَلِ عليه ، كما لو كان أحَدُهما رَقِيقًا . وأمَّا سَيِّدُ الأَمَةِ الكافرةِ ، فله تَزْوِيجُها لكافرٍ ؛ لكَوْنِها لا تَحِلُّ للمُسْلِمينَ ، وكذلك وَلِيُّ[٧] سَيِّدِ الأَمَةِ الكافرةِ يَلِي تزويجَها لكافرٍ ؛ لأنَّها وِلايةٌ بالمِلْكِ[٨] ، فلم يَمْنَعْها كَوْنُ سَيِّدِ الأَمَةِ

---

(٣١) من أول قوله : « فيخرج » السابق إلى هنا سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) سورة التوبة ٧١ .

(٢) في الأصل : « أقوى » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ب : « الكافر » .

(٥) في ا ، ب ، م زيادة : « في » .

(٦) سورة الأنفال ٧٣ .

(٧) في الأصل : « في » .

(٨) في ب ، م : « بالمال » .

الكافرةِ مُسْلِمًا ، كسائرِ الوِلاياتِ ، ولأنّ هذه تحتاجُ إلى التّزويجِ . ولا وَلِىّ لها غيرُ سَيِّدِها . فأمّا السلطانُ ، فله الوِلايةُ على مَنْ لا وَلِىَّ لها من أهلِ الذِّمّةِ ؛ لأنّ وِلايَتَه عامّةٌ على أهلِ دارِ الإسْلامِ ، وهذه من أهلِ الدارِ ، فتَثْبُتُ له الوِلايةُ عليها ، كالمُسْلمةِ . / وأمّا الكافرُ ، فتثبتُ له الولايةُ على أهلِ دِينِه ، على حَسَبِ ما ذَكَرْناه فى[9] المسلمينَ ، ويُعْتَبَرُ فيهم الشُّروطُ المُعْتَبَرَةُ فى المسلمينَ ، ويُخَرَّجُ فى اعْتِبارِ عَدالَتِه فى دِينِه وَجْهان ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ فى اعْتبارِها فى المسلمين .

١٣/٧و

فصل : إذا تَزَوَّجَ المسلمُ ذِمِّيةً ، فوَلِيُّها الكافرُ يُزَوِّجُها إيَّاه . ذَكَره أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنّه وَلِيُّها ، فصَحَّ تَزْوِيجُه لها ، كما لو زَوَّجَها كافرًا ، ولأنّ هذه امرأةٌ لها[10] وَلِىٌّ مُناسِبٌ ، فلم يَجُزْ أن يَلِيَها غيرُه ، كما لو تَزَوَّجَها ذِمِّىٌّ . وقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلّا الحاكمُ ؛ لأنّ أحمدَ قال : لا يَعْقِدُ يهودِىٌّ ولا نَصْرانىٌّ عُقْدَةَ[11] نِكاحٍ لمُسْلِمٍ ولا مُسْلِمةٍ . ووَجْهُه أنّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى شهادةِ مُسْلِمَيْنِ ، فلم يَصِحَّ بوِلايةِ كافرٍ ، كنِكاحِ المسلمين . والأوّلُ أصَحُّ ، والشُّهودُ يُرادُون لإثباتِ النِّكاحِ عندَ الحاكِمِ ، بخِلافِ الوِلايةِ .

١١١٤ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَهَا مَنْ غَيْرُهُ أَوْلَى مِنْهُ ، وَهُوَ حَاضِرٌ ، وَلَمْ يَعْضُلْهَا ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ)

هذه المسألةُ تشْتَمِلُ على أحكامٍ ثلاثة ؛ أحدها ، أنّه إذا زَوَّجَها الوَلِىُّ[1] الأبْعدُ ، مع حُضُورِ الوَلِىِّ الأقْرَبِ ، فأجَابَتْه إلى تَزْوِيجِها من غيرِ إذْنِه ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنّ هذا وَلِىٌّ ، فصَحَّ[2] أن يُزَوِّجَها بإذْنِها كالأقْرَبِ .

---

(٩) فى الأصل : « من » .

(١٠) فى م : « ولها » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « عقد » .

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) فى ب ، م : « له » .

ولَنا ، أنَّ هذا مُسْتَحِقٌّ بالتَّعْصِيبِ ، فلم يَثْبُتْ للأَبْعَدِ مع وُجُودِ الأَقْرَبِ ، كالمِيراثِ ، وبهذا فارَقَ القَرِيبُ البعيدَ . الحُكْمُ الثانى ، أنَّ هذا العَقْدَ (٣ يَقَعُ فاسِدًا ٣) ، لا يَقِفُ على الإِجَازةِ ، ولا يَصِيرُ بالإِجازةِ صحيحًا ، وكذلك الحكمُ إذا زَوَّجَ الأجنبىُّ أو زَوَّجَتِ المرأةُ المُعْتَبَرُ إِذْنُها بغيرِ إِذْنِها ، أو تَزَوَّجَ العبدُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّده ، فالنِّكاحُ فى هذا كلِّه باطلٌ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْنِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى مواضِعَ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخرَى ، أنَّه يَقِفُ على الإِجازةِ ؛ فإن أجازَه جازَ ، وإن لم يُجِزْه فَسَدَ . قال أحمدُ ، فى صغيرٍ زَوَّجه عَمُّه : فإن رَضِىَ به فى وقتٍ من الأوْقاتِ ، جازَ ، وإن لم يَرْضَ (٤) ، فَسَخَ . وإذا زُوِّجَتِ اليَتِيمةُ ، فلها الخِيارُ إذا بَلَغَتْ . وقال : إذا زَوَّجَ العبدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّده ، ثم عَلِمَ السَّيِّدُ ، فإن شاءَ أن يُطَلِّقَ عليه فالطَّلاقُ بِيَدِ السَّيِّدِ ، فإن أَذِنَ فى التَّزويجِ فالطَّلاقُ بِيَدِ العبدِ . وهذا قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ، فى كلِّ مسألةٍ يُعْتَبَرُ فيها الإِذْنُ . ورُوِىَ ذلك فى النِّكاحِ بغيرِ وَلِىٍّ عن علىِّ بن أبى طالبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وعن ابنِ / سِيرِينَ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، والحسنِ بن صالحٍ ، وإسحاقَ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لما رُوِىَ أنَّ جاريةً بِكْرًا أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فذكَرَتْ له أنَّ أباها زَوَّجها وهى كارِهة ، فخَيَّرَها النبىُّ ﷺ . رواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه (٥) . ورُوِىَ أنَّ فتاةً جاءت إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقالت : إنَّ أبى زَوَّجَنِى من ابنِ أخِيه ، لِيَرْفَعَ بى خَسِيسَتَه . قال : فجَعَلَ الأمْرَ إليها (٦) . فقالت : قد أجَزْتُ ما صَنَعَ أبى ، ولكنِّى أرَدْتُ أن (٧ أعْلَمَ أنَّ للنِّساءِ من الأمْرِ شيئًا ٧) . رواه ابنُ ماجه والنَّسائىُّ (٨) . وفى رِوايةِ ابن ماجه : أرَدْتُ أن يَعْلَمَ النساءُ أن ليس

١٣/٧ظ

(٣-٣) فى ا ، ب ، م : « بيع فاسد » .

(٤) فى ب زيادة : « به » .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٣ .

(٦) فى الأصل : « لها » .

(٧-٧) فى المجتبى : « أن أعلم أللنساء من الأمر شىء » .

(٨) أخرجه النسائى ، فى : باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ . وابن ماجه ، =

إلى الآباءِ من الأمرِ شيءٌ . ولأنّه عَقْدٌ يَقِفُ على الفَسْخِ ، فوَقَفَ على الإجازةِ ، كالوَصيَّةِ . ولَنا ، قولُ النَّبيِّ ﷺ : « أيُّما امْرَأةٍ نَكَحَتْ نَفسَها بِغَيْرِ إذْنِ وَليِّها ، فَنِكَاحُها بَاطِلٌ »[9] . وقال : « إذَا نَكَحَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّده ، فَنِكَاحُهُ باطلٌ » . رَوَاه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[10] . إلّا أن أبا داودَ قال : هو[11] مَوْقوفٌ على ابن عُمَرَ . ولأنّه عَقْدٌ لا تَثْبُتُ فيه أحْكامُه ؛ من الطَّلاقِ ، والخُلْعِ ، واللِّعانِ ، والتَّوارُثِ ، وغيرِها ، فلم يَنْعَقِدْ ، كنِكاحِ المُعْتَدَّةِ . فأمّا حديثُ المرأةِ التي خَيَّرها النَّبيُّ ﷺ ، فهو مُرْسَلٌ عن عِكْرِمةَ ، رَوَاه النَّاسُ كذلك ، ولم يذكُروا ابنَ عباسٍ . قالَه أبو داودَ . ثم يَحْتَمِلُ أنَّ هذه المرأةَ هي التي قالت : زَوَّجَنِي من ابن أخِيه لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَه . فَخَيَّرها[12] لتَزْوِيجِها من غيرِ كُفْئِها[13] ، وهذا يُثْبِتُ الخِيارَ ولا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، والوصيةُ يَتَراخَى فيها القَبُولُ ، وتجوزُ بعد الموتِ ، فهى مَعْدُولٌ بها عن سائرِ التَّصرُّفاتِ ، ولا تَفْرِيعَ على هذه الرِّوايةِ لوُضُوحِها . فأمَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فإنَّ الشهادةَ تُعْتَبَرُ فى العَقْدِ ؛ لأنَّها شَرْطٌ له ، فيُعْتَبَرُ وُجُودُها معه ، كالقَبُولِ ، ولا تعتبرُ فى الإجازةِ ؛ لأنَّها ليست بعَقْدٍ ، ولأنَّها إذا وُجِدَتْ ، اسْتَنَدَ المِلْكُ إلى حالةِ العَقْدِ ، حتى لو كان فى العَقْدِ نَماءُ مِلْكٍ من حينِ العَقْدِ ، لا من حينِ[14] الإجازةِ . وإن مات أحَدُهما قبلَ الإجازةِ ، لم يَرِثْه الآخَرُ ؛

= فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٣٦ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ .

(١١) فى م : « إنه » .

(١٢) فى ا ، ب ، م : « فتخييرها » .

(١٣) فى الأصل : « كفو » .

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

لأنّه مات قبلَ تَمامِ العَقْدِ وصِحَّتِه . وفيه وجهٌ آخَرُ ، إن كان ممَّا لو رُفِعَ إلى الحاكمِ أجازَه ، وَرِثَه الآخَرُ ؛ لأنّه عَقْدٌ يَلْزَمُه إجازَتُه ، فهو كالصَّحيحِ ، وإن كان ممّا يَفْسَخُه ، لم يَرِثْه .

فصل : ومتى تَزَوَّجتِ المرأةُ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ، أو الأَمَةُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، فقد ذَكَره أصحابُنا من جُمْلَةِ الصُّوَرِ التى فيها الرِّوايتانِ . والصحيحُ عندى أنّه لا يَدْخُلُ فيها ؛ لتَصْريحِ النَّبِيِّ ﷺ فيه بالبُطْلانِ . ولأنَّ الإجازةَ إنَّما تكونُ لعَقْدٍ صَدَرَ / من أَهْلِه فى مَحلِّه . [15] فأمَّا ما لم يَصْدُرْ من الأَهْلِ ، كالذى عَقَدَهُ المجنونُ أو الطفلُ ، فلا يَقِفُ على الإجازة ، وهذا عَقْدٌ لم يَصْدُرْ مِن أهلِه [15] ؛ فإنَّ المرأةَ ليست أهْلًا له ، بدليلِ أنَّه لو أذِنَ لها فيه ، لم يَصِحَّ منها ، وإذا لم يَصِحَّ مع الإذْنِ المُقارِنِ ، فلأن لا يَصِحَّ بالإجازةِ المُتأخِّرةِ أَوْلَى ، ولا تَفْريعَ على هذا . فأمَّا على القولِ الآخَرِ ، فمتى تزوَّجتِ المرأةُ بغيرِ إذْنِ الوَلِيِّ ، فرُفِعَ إلى الحاكمِ ، لم يَمْلِكْ إجازَتَه ، والأمرُ فيه إلى الوَلِيِّ ، فمتى رَدَّه بطَلَ ؛ لأنَّ [16] مَنْ وَقَفَ الحُكْمُ على إجازَتِه ، بَطَلَ بردِّه ، كالمرأةِ إذا زُوِّجَتْ بغيرِ إذْنِها . وفيه وجهٌ آخَرُ ، أنَّه إذا كان الزَّوْجُ كُفْؤًا ، أمَرَ الحاكمُ الوَلِيَّ بإجازَتِه ، فإن لم يَفْعَلْ أجازَه الحاكمُ ، لأنَّه لمَّا امْتَنعَ من الإجازةِ صار عاضِلًا ، فانْتقلتِ الوِلايةُ عنه إلى الحاكمِ ، كما [17] فى ابْتِداءِ العقدِ ، ومتى حَصَلَتِ الإصابةُ قبلَ الإجازةِ ثم أُجِيزَ ، فالمَهْرُ واحدٌ ؛ إمَّا المُسَمَّى ، وإمَّا مَهْرُ المِثْلِ إن لم يكُنْ مُسَمًّى ؛ لأنَّ [16] الإجازةَ مُسْتَنِدةٌ إلى حالةِ العَقْدِ ، فيَثْبُتُ الحِلُّ والمِلْكُ من حينِ العَقْدِ ، كما ذكرنا فى البَيْعِ ، ولذلك لم يَجِبِ الحدُّ . ومتى تزوَّجتِ [18] الأَمَةُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، ثم خَرَجَتْ من مِلْكِه قبلَ الإجازةِ إلى مَنْ تَحِلُّ له ، انْفَسخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّه قد طَرَأَت اسْتباحةٌ صَحِيحةٌ على مَوْقُوفةٍ فأَبْطَلَتْها ، ولأنَّها [19]

١٤/٧ و

(١٥ - ١٥) سقط من : ب ، م .

(١٦) فى الأصل : « فإن » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى الأصل : « زوجت » .

(١٩) سقطت واو العطف من : الأصل .

أقوى فأزالتِ الأضعفَ ، كما لو طرَأ مِلْكُ يَمينِه على مِلْكِ نِكاحِه . وإن خرَجَتْ إلى مَنْ لا تَحِلُّ له ، كالمرأةِ أو اثنينِ ، فكذلك أيضا ؛ لأنَّ العقدَ إذا وَقَف على إجازةِ شَخْصٍ ، لم يُجَزْ بإجازةِ غيرِه ، كما لو باعَ أمَةَ غيرِه ثم باعَها المالكُ ، فأجاز المُشْتَرِى الثانى بَيْعَ الأجْنَبِىِّ . وفيه وجهٌ آخَرُ ، أنَّه يجوزُ بإجازةِ المالِكِ الثانى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ ابتداءَ العَقْدِ ، فمَلَكَ إجازَتَه كالأوَّلِ . ولا فَرْقَ بين أن يَخْرُجَ بِبَيْعٍ أو إرْثٍ أو هِبَةٍ أو غيرِه . فأمَّا إن أعتقَها السَّيِّدُ ، احْتَمَلَ أن يَجُوزَ النكاحُ ؛ لأنَّه إنَّما وَقَف لحَقِّ المَوْلَى ، فإذا أعْتَقَ سَقَطَ حَقُّه ، فصَحَّ العقدُ ، واحْتَمَلَ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ إبْطالَ حَقِّ المَوْلَى ليس بإجازةٍ ، ولأنَّ حَقَّ المَوْلَى إن بَطَلَ من المِلْكِ ، فلم يَبْطُلْ من وِلايةِ التَّزويجِ ، فإنَّه يَلِيها بالوَلاءِ .

فصل : إذا زُوِّجَتِ التى يُعْتَبَرُ إذْنُها بغيرِ إذْنِها ، وقُلْنا : يَقِفُ على إجازَتِها . فإجازَتُها بالنُّطْقِ ، أو ما يَدُلُّ على الرِّضَى من التَّمْكِينِ من الوَطْءِ ، أو المُطالَبةِ[٢٠] بالمَهْرِ والنَّفقةِ . ولا فَرْقَ فى ذلك بين البِكْرِ والثَّيِّبِ ؛ لأنَّ أدِلَّةَ الرِّضَى تَقُومُ مَقامَ النُّطْقِ به ، ولذلك قال النَّبِىُّ ﷺ لِبَرِيرَةَ : « إن وَطِئَكِ زَوْجُكِ ، فَلَا خِيارَ لَكِ »[٢١] . جعَل تَمْكِينَها / دَلِيلًا على إسْقاطِ حَقِّها والمطالبةِ بالمَهْرِ والنَّفَقةِ ، والتَّمْكِينُ من الوَطْءِ دليلٌ على الرِّضَى ؛ لأنَّ ذلك من خَصائصِ العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فوُجُودُه من المَرْأةِ دَلِيلُ رِضاها[٢٢] به . الحكم الثالث ، إذا عَضَلَها وَلِيُّها[٢٣] الأقْرَبُ ، انتقلتِ الوِلايةُ إلى الأبْعَدِ . نصَّ عليه أحمدُ . وعنه روايةٌ أُخْرَى ، تَنْتَقِلُ إلى السُّلْطانِ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . وذُكِرَ ذلك عن عثمانَ بن عَفَّان ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وشُرَيحٍ . وبه قال الشافعىُّ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ :

٧/١٤ ظ

---

(٢٠) فى الأصل ، ا : « والمطالبة » .

(٢١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ١٨ . ويضاف إليه : وأخرجه أبو داود ، فى : باب حتى متى يكون لها الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٤ .

(٢٢) فى الأصل : « برضاها » .

(٢٣) فى م : « الولى » .

« فَإِنِ اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ له »[24] . ولأنَّ ذلك حَقٌّ عليه امْتَنَعَ من أدائِه ، فقام الحاكمُ مقامَه ، كما لو كان عليه دَيْنٌ فامْتَنعَ مِن قَضائِه . ولَنا ، أنَّه تَعذَّرَ التَّزويجُ من جهةِ الأقْرَبِ ، فمَلَكَهُ الأبْعَدُ ، كما لو جُنَّ . ولأنَّه يَفْسُقُ بالعَضْلِ ، فتَنْتَقِلُ الوِلايَةُ عنه ، كما لو شَرِبَ الخَمْرَ . فإن عَضَلَ الأولياءُ كلُّهم زَوَّجَ الحاكمُ . والحديثُ حُجَّةٌ لنا ؛ لقولِه : « السُّلْطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ له » . وهذه لها وَلِيٌّ . ويُمْكِنُ حَمْلُه على ما إذا عَضَلَ الكُلُّ ، لأنَّ[25] قولَه : « فَإِنِ اشْتَجَرُوا » . ضَمِيرُ جَمْعٍ يتناوَلُ الكُلَّ . والوِلايةُ تُخالِفُ الدَّينَ من وجوهٍ ثلاثةٍ ؛ أحدها ، أنها حَقٌّ للوَلِيِّ ، والدَّينُ حَقٌّ[26] عليه . الثانى ، أنَّ الدَّيْنَ لا يَنْتَقِلُ عنه ، والولايةُ تنتقلُ لعارِضٍ ؛ من جُنُونِ الوَلِيِّ .[27]أو فِسْقِه أو مَوْتِه[27] . الثالث ، أنَّ الدَّينَ لا يُعْتَبرُ فى بَقائِه العَدالَةُ ، والوِلايةُ يُعْتَبرُ لها ذلك ، وقد زالتِ العدالةُ[28] بما ذكَرْنا . فإن قيل : فلو زالت وِلايَتُه لَما صَحَّ منه التَّزويجُ إذا أجاب إليه . قُلْنا : فِسْقُه بامْتِناعِه ، فإذا أجابَ فقد نَزَعَ عن المَعْصِيةِ ، وراجَعَ الحَقَّ ، فزال فِسْقُه ، فلذلك صَحَّ تَزْوِيجُه . واللهُ أعلمُ .

فصل : ومعنى العَضْلِ مَنْعُ المرأةِ من التَّزويجِ بكُفْئِها إذا طَلَبَتْ ذلك ، ورَغِبَ كلُّ واحدٍ منهما فى صاحِبِه . قال مَعْقِلُ بن يَسارٍ : زَوَّجْتُ أُخْتًا لى من رَجُلٍ ، فطَلَّقَها ، حَتَّى إذا[29] انْقَضَتْ عِدَّتُها جاءَ يَخْطُبُها ، فقلتُ له : زَوَّجْتُكَ ، وأفْرَشْتُكَ ، وأكْرَمْتُكَ ، فطَلَّقْتَها ، ثم جِئْتَ تَخْطُبُها ! لا واللهِ لا تَعُودُ إليك أبدًا . وكان رَجُلًا لا بأْسَ به ، وكانت المرأةُ تُرِيدُ أن تَرْجِعَ إليه ، فأنْزَلَ اللهُ تعالى هذه الآية : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾[30] . فقلتُ : الآن أفْعَلُ يا رسولَ الله . قال : فزَوَّجَها إيَّاهُ . رواه

---

(24) تقدم تخريجه فى : 5 / 88 ، وصفحة 345 .

(25) فى ب : « فإن » .

(26) سقط من : الأصل ، ا .

(27–27) فى ا ، ب ، م : « وفسقه وموته » .

(28) سقط من : الأصل .

(29) سقط من : م .

(30) سورة البقرة 232 .

البخارِىُّ[٣١] . وسواءٌ طَلَبَتِ التَّزويجَ بمَهْرِ مِثْلِها أو دُونَه . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لهم[٣٢] مَنْعُها من التَّزويجِ بدون مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّ عليهم فى ذلك عارًا ، وفيه ضَرَرٌ على نِسائِها[٣٣] ، لنَقْصِ مَهْرِ مِثْلِهِنَّ . ولَنا ، أنَّ المَهْرَ خالِصُ حَقِّها ، وعِوَضٌ يَخْتَصُّ بها ، فلم يكُنْ لهم الاعتراضُ عليها فيه ، كثَمَنِ عَبْدِها ، وأُجْرَةِ[٣٤] دارِها ، ولأنَّها لو / أسْقَطَتْه بعدَ وُجُوبِه ، سَقَطَ كلُّه ، فبَعْضُه أَوْلَى ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال لِرَجُلٍ أراد أن يُزَوِّجَه[٣٥] : « الْتَمِسْ ولَوْ خاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ »[٣٦] . وقال لِامْرأةٍ زُوِّجَتْ بنَعْلَيْنِ : « أَرَضِيتِ بنَعْلَيْنِ مِنْ نَفْسِكِ ؟ » . قالت : نعم . فأجازَه النَّبِىُّ ﷺ[٣٧] . وقولهم : فيه عارٌ عليهم . ليس كذلك ، فإنَّ عمرَ قال : لو كان مَكْرُمةً فى الدُّنيا ، أو تَقْوَى عندَ اللهِ ، كان أَوْلَاكُم بها[٣٨] رسولُ اللهِ ﷺ[٣٩] . يعنى غُلُوَّ الصَّداقِ . فإن رَغِبَتْ فى كُفْءٍ بعَيْنِه ، وأراد تَزْوِيجَها لغيرِه من أكْفائِها ، وامْتَنَعَ من تَزْويجِها من الذى أرادَتْه ، كان عاضِلًا لها . فأمَّا إن طَلَبَتِ التَّزويجَ بغيرِ كُفْئِها ، فله مَنْعُها من ذلك ، ولا يكونُ عاضِلًا لها بهذا ؛ لأنَّه لو زُوِّجَتْ[٤٠] من غير[٤٠] كُفْئِها ، كان له فَسْخُ النِّكاحِ ، فلأنْ تُمْنَعَ[٤١] منه ابتداءً أَوْلَى .

١٥/٧و

---

(٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٦ .

(٣٢) فى ا : « له » .

(٣٣) فى الأصل : « نسائهن » .

(٣٤) فى الأصل ، ا ، ب : « وأجر » .

(٣٥) فى ب : « يتزوج » .

(٣٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(٣٧) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٣ . والبيهقى ، فى : باب لا يرد النكاح بنقص المهر ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٤٥ .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٦ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٦ . والدارمى ، فى : باب كم كانت مهور أزواج النبى ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤١ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب من القصد فى الصداق ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٥٣٤ والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤١ ، ٤٨ .

(٤٠ – ٤٠) فى ب : « بغير » .

(٤١) فى ب ، م : « تمتنع » .

١١١٥ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ وَلِيُّهَا غَائِبًا فِى مَوْضِعٍ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ ، زَوَّجَهَا مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ مِنْ عَصَبَاتِهَا[١] ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَالسُّلْطَانُ)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فَصْلَيْنِ :

أوَّلهما : أنَّ الأقْرَبَ إذا غاب غَيْبةً مُنقَطِعةً ، فلِلأَبْعَدِ من عَصَبَتِها تَزْويجُها دُونَ الحاكمِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : يُزَوِّجُها الحاكمُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الوصولُ إلى النِّكاحِ من الأقْرَبِ ، مع بَقَاءِ وِلايَتِه ، فيقومُ الحاكمُ مقامَه ، كما لو عَضَلَها ، ولأنَّ الأبْعَدَ مَحْجُوبٌ بولايةِ الأقْرَبِ ، فلا يجوزُ له التَّزويجُ ، كما لو كان حاضرًا ، ودليلُ بَقاءِ وِلايتِه أنَّه لو زَوَّجَ من حيثُ هو ، أو وَكَّلَ ، صَحَّ . ولَنا ، قولُه عليه السلامُ : « السُّلْطانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ له »[٢] . وهذه لها وَلِىٌّ ، فلا يكونُ السلطانُ [٣]وَلِيًّا لها[٣] ، ولأنَّ الأقْرَبَ تَعَذَّرَ حُصُولُ التَّزويجِ منه ، فتَثْبُتُ الولايةُ لمَنْ يَلِيه من العَصَباتِ ، كما لو جُنَّ أو مات ، ولأنَّها حالةٌ يجوزُ فيها التَّزويجُ لغيرِ الأقْرَبِ ، فكان ذلك للأبْعَدِ ، كالأصْلِ ، وإذا عَضَلَها الأقربُ ، فهو كمَسْأَلتِنا .

والفصل الثانى : فى الغَيْبةِ المُنْقَطعةِ ، التى يجوزُ للأبْعَدِ التَّزويجُ فى مِثْلِها . ففى قول الْخِرَقِىِّ : هى مَنْ[٤] لا يَصِلُ إليه الكتابُ ، أو يَصِلُ فلا يُجيبُ عنه ؛ لأنَّ[٥] مثلَ هذا

---

(١) فى ا ، ب ، م : « عصبتها » .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(٣-٣) فى م : « وليها » .

(٤) فى الأصل ، ا : « ما » .

(٥) فى الأصل زيادة : « فى » .

تتعذَّرُ مُراجَعَتُه بالكُلِّيةِ ، فتكونُ مُنْقَطِعةً ، أي يَنْقطِعُ عن[٦] إمْكانِ تَزْويجِها . وقال القاضي : يجبُ أن يكونَ حَدُّ المسافةِ أن لا تَرَدَّدَ القوافلُ فيه في السَّنةِ إلَّا مَرَّةً ؛ لأنَّ الكُفْءَ يَنْتَظِرُ سنةً ، ولا ينتظرُ أكثرَ منها ، فيلحقُ الضَّررُ بتَرْكِ تَزْويجِها . وقد قال أحمدُ ، في موضعٍ : إذا كان الأبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، يُزَوِّجُ الأَخُ . قال أبو الخَطَّاب : / فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد بالسَّفَرِ البعيدِ ما تُقْصَرُ فيه الصَّلاةُ ؛ لأنَّ ذلك هو السَّفَرُ[٧] الذي عُلِّقَتْ عليه الأَحْكامُ . وذَهَبَ أبو بكرٍ إلى أنَّ حَدَّها مالا يُقْطَعُ[٨] إلَّا بكُلْفَةٍ ومشقَّةٍ ؛ لأنَّ[٩] أحمدَ قال : إذا لم يكنْ وَلِيٌّ حاضِرٌ من عَصَبَتِها ، كَتَبَ إليهم حتى يأْذَنُوا ، إلَّا أن تكونَ غَيْبةً منقطعةً ، لا تُدْرَكُ إلَّا بكُلْفةٍ ومَشَقَّةٍ ، فالسلطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ له . وهذا القولُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، أَقْرَبُها إلى الصَّوابِ ، فإنَّ التَّحْدِيداتِ بابُها التَّوْقِيفُ ، ولا تَوْقِيفَ في هذه المسألةِ ، فتُرَدُّ إلى ما يَتعارَفُه[١٠] الناسُ بينهم ، ممَّا لم تَجْرِ العادةُ بالانْتِظارِ فيه ، ويَلْحَقُ المرأةَ الضَّررُ بمَنْعِها من التَّزويجِ في مِثْلِه ، فإنَّه يَتعذَّرُ[١١] في ذلك الوُصولُ إلى المصْلحةِ من نَظَرِ الأَقْرَبِ ، فيكونُ كالمَعْدُومِ ، والتَّحْديدُ بالعامِ كبيرٌ ؛ فإنَّ الضررَ يَلْحَقُ بالانْتظارِ في مثلِ ذلك[١٢] ، ويَذْهَبُ الخاطِبُ ، ومَنْ لا يَصِلُ الكتابُ منه أَبْعَدُ ، ومَنْ هو على مَسافةِ القَصْرِ لا تَلْحَقُ المَشَقَّةُ في مُكاتَبَتِه . والتَّوَسُّطُ أَوْلَى . واللهُ أعلمُ . واخْتلَف أصْحابُ أبي حنيفةَ في الغَيْبةِ المُنْقَطِعةِ ، فقال بعضُهم كقولِ القاضي ، وبعضُهم قال : من الرَّيِّ إلى بَغْدادَ . وبعضُهم قال : من البَصْرةِ إلى الرَّقَّةِ . وهذان القولان يُشْبِهان قولَ أبي بكرٍ . واختلَف أصحابُ الشافعيِّ في الغَيْبةِ[١٣] التي يُزَوِّجُ فيها

١٥/٧ ظ

---

(٦) في م : « من » .

(٧) في ا ، ب زيادة : « البعيد » .

(٨) في ا : « ينقطع » . وفي م : « يقع » .

(٩) في الأصل : « ولأن » .

(١٠) في الأصل : « تعارفه » .

(١١) في الأصل : « تعذر » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل زيادة : « المنقطعة » .

الحاكمُ ، فقال بعضُهم : مَسافةُ القَصْرِ . وقال بعضُهم : يُزَوِّجها الحاكمُ ، وإن كان الوَلِىُّ قريبًا . وهو ظاهرُ نصِّ الشافعىِّ . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنّه إذا كانت الغَيْبةُ غيرَ[14] منقطعةٍ ، أنّه يُنْتَظَرُ ويُرَاسَلُ حتى يَقْدَمَ أو يُوَكِّلَ .

فصل : وإن كان القريبُ مَحْبوسًا ، أو أسيرًا فى مسافةٍ قريبةٍ ، لا تُمْكِنُ مُراجعَتُه ، فهو كالبعيدِ ، فإنَّ البُعْدَ لم يُعْتَبَرْ لِعَيْنِه ، بل لتَعَذُّرِ الوُصولِ إلى التَّزويجِ بنَظَرِه ، وهذا موجودٌ هٰهُنا ، وكذلك إن كان غائبًا لا يُعْلَمُ [15]أقَرِيبٌ هو أم بَعِيدٌ[15] ، أو عُلِمَ[16] أنَّه قريبٌ ، ولم يُعْلَمْ مكانُه ، فهو كالبَعِيدِ .

١١١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإذَا زُوِّجَتْ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ ، فالنِّكَاحُ بَاطِلٌ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى اشتِراطِ الكفاءةِ لصِحَّةِ النكاحِ ، فرُوِىَ عنه أنَّها شَرْطٌ[1] له . قال[2] : إذا تزوَّجَ المَوْلَى العَرَبِيَّةَ فُرِّقَ بينهما . وهذا قولُ سُفْيانَ . وقال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ يَشْرَبُ الشَّرابَ : ما هو بكُفْءٍ لها ، يُفَرَّقُ بينهما . وقال : لو كان المُتَزَوِّجُ حائِكًا فَرَّقْتُ[3] بينهما ؛ لقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لأَمْنَعَنَّ فُرُوجَ[4] ذَوَاتِ الأَحْسابِ ، إلَّا من الأَكْفاءِ . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[5] . وعن أبى إسحاقَ الهَمْدَانِىِّ / قال : خَرَجَ سَلْمانُ وجَرِيرٌ فى سَفَرٍ ، فأُقِيمَتِ الصلاةُ ، فقال جَرِيرٌ لسَلْمانَ : تَقَدَّمْ أنتَ[6] . قال سَلْمانُ : بل أنتَ تَقَدَّمْ ، فإنَّكم مَعْشَرَ العَرَبِ لا يُتَقَدَّمُ عليكم[6] فى

١٦/٧و

---

(١٤) سقط من : م .

(١٥-١٥) فى م : « قريب أم بعيد » .

(١٦) فى م : « يعلم » .

(١) فى الأصل : « تشترط » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « فرق » .

(٤) فى سنن الدارقطنى : « تزوج » .

(٥) وأخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٨ .

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

صلاتِكم ، ولا تُنْكَحُ نِساؤُكُم ، إنَّ اللهَ فَضَّلَكُم علينا بمُحمدٍ ﷺ ، وجعَله فيكم[7] .

ولأنَّ التَّزويجَ ، مع فَقْدِ الكَفاءةِ ، تَصَرُّفٌ فى حَقِّ مَنْ يَحْدُثُ من الأَوْلياءِ بغيرِ إذْنِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو زَوَّجَها بغيرِ إذْنِها . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « لَا تُنْكِحُوا النِّسَاءَ إلَّا مِنَ الأَكْفاءِ ، ولا يُزَوِّجُهُنَّ[8] إلَّا[9] الأَوْلِياءُ » . رواه الدَّارَقُطْنِىُّ[10] ، إلا أن ابنَ عبد البَرِّ قال : هذا ضعيفٌ ، لا أصْلَ له ، ولا يُحْتَجُّ بمِثْلِه . والرِّوايةُ الثانيةُ عن أحمدَ ، أنَّها ليست شَرْطًا فى النِّكاحِ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ نحوُ هذا عن عمرَ ، وابن مسعودٍ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، وعُبَيْدِ بن عُمَيْرٍ ، وحَمَّادِ بن أبى سُلَيمانَ ، وابنِ سِيرِينَ ، وابن عَوْنٍ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ ﴾[11] . وقالت عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها : إن أبا حُذَيْفَةَ بن عُتْبَةَ بن رَبِيعةَ تَبَنَّى سالِمًا ، وأنْكَحَه ابْنَةَ أخِيه هِنْدَ ابنةَ الوَلِيدِ بن عُتْبَةَ ، وهو مَوْلًى لِامْرَأةٍ من الأنْصارِ . أخرجه البُخارىُّ[12] . وأمَرَ النَّبِىُّ ﷺ فاطمةَ بنتَ قَيْسٍ أن تَنْكِحَ أُسامةَ ابن زَيْدٍ مَوْلَاه ، فنَكَحَها بأمْرِه . مُتَّفَقٌ عليه[13] . وزَوَّجَ أبَاه زَيْدَ بن حارِثةَ ابنـةَ عَمَّتِـه

---

(7) أخرجه البيهقى مختصرا ، فى : باب اعتبار النسب فى الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 134 .

(8) فى ا ، ب ، م : « تزوجوهن » .

(9) فى ا ، ب ، م زيادة : « من » .

(10) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى 3 / 245 .

كما رواه البيهقى ، فى : باب اعتبار الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 133 .

(11) سورة الحجرات 13 .

(12) فى : باب الأكفاء فى الدين ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى 7 / 9 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من حرَّم به ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1 / 475 . والنسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، من كتاب النكاح . المجتبى 6 / 53 . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ 2 / 605 .

(13) لم يرد فى صحيح البخارى . وانظر : إرواء الغليل 6 / 264 .

وتقدم تخريجه فى : 6 / 307 . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم 2 / 1114 – 1120 . والنسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، وباب خطبة الرجل إذا ترك الخاطب أو أذن له ، من كتاب النكاح . المجتبى 6 / 52 ، 61 . والدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل =

زَيْنَبَ بنتَ جَحْشٍ الأسَدِيَّةَ[14] . وقال ابنُ مسعودٍ لأُخْتِه[15] : أَنْشُدُكِ اللهَ أن تَتَزَوَّجِى[16] مُسْلِمًا ، وإن كان أَحْمَرَ رُومِيًّا ، أو أَسْوَدَ حَبَشِيًّا[17] . ولأنَّ الكفاءةَ لا تَخْرُجُ عن كَوْنِها حقًّا للمرأةِ ، أو الأولياءِ ، أوْ لَهُما ، فلم يُشْتَرَطْ وُجودُها ، كالسَّلامةِ من العُيُوبِ . وقد رُوِىَ أنَّ أبا هِنْد حَجَمَ النَّبِىَّ ﷺ فى اليَافُوخِ ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « يا بَنِى بَيَاضَةَ ، أَنْكِحُوا أبا هِنْدٍ ، وأنْكِحُوا إلَيْه » . رواه أبو داوُدَ[18] ، إلَّا أنَّ[19] أحمد ضَعَّفَه ، وأنْكَرَه إنْكارًا شديدًا . والصَّحِيحُ أنَّها غيرُ مُشْتَرطةٍ[20] ، وما رُوِىَ فيها يَدُلُّ على اعْتبارِها فى الجُملةِ ، ولا يَلْزَمُ منه[21] اشْتِراطُها ؛ وذلك لأنَّ لِلزَّوجةِ[22] وكلِّ واحدٍ من الأوْلياءِ[23] فيها حَقًّا[24] ، ومَنْ لم يَرْضَ منهم فله الفَسْخُ . ولذلك لمَّا زَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَتَه من ابنِ أخِيه ، لِيَرْفَعَ بها خَسِيسَتَه ، جَعَلَ لها النَّبِىُّ ﷺ الخِيَارَ ، فأجازَتْ[25] ما صَنَعَ أبوها[26] . ولو

= على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٥ ، ١٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧٣ ، ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

(١٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٠١ . والبيهقى ، فى : باب لا يرد نكاح غير الكفو ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٥٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المناكحة . السنن ١ / ١٦١ . وانظر ما أخرجه البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ وتخفى فى نفسك ﴾ من تفسير سورة الأحزاب . صحيح البخارى ٦ / ١٤٧ .

(١٥) فى م : « لأخيه » .

(١٦) فى النسخ زيادة : « إلا » . والمثبت فى سنن سعيد بن منصور .

(١٧) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المناكحة . السنن ١ / ١٦١ .

(١٨) فى : باب فى الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ .
كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) فى الأصل : « مشروطة » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « الزوجة » .

(٢٣) فى م زيادة : « له » .

(٢٤) فى ا ، م : « حق » .

(٢٥) فى الأصل : « فاختارت » .

(٢٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٩ .

فُقِدَ الشرطُ لم يكُنْ لها خِيارٌ . فإذا قُلْنا باشْتِراطِها ، فإنَّما يُعْتَبرُ وُجُودُها حالَ العَقْدِ ، فإن عُدِمَتْ بعدَه ، لم يَبْطُلِ النكاحُ ؛ لأنَّ شُرُوطَ النكاحِ إنَّما تُعْتَبَرُ لَدَى العَقْدِ . وإن كانت مَعْدُومةً حالَ العَقْدِ ، فالنكاحُ فاسِدٌ ، / حُكْمُه حكمُ العُقُودِ الفاسِدَةِ ، على ما مَضَى . ١٦/٧ظ فإن قُلْنا : ليست شَرْطًا . فرَضِيَتِ المرأةُ والأولياءُ كلُّهم ، صَحَّ النِّكاحُ ، وإن لم يَرْضَ بعضُهم ، فهل يَقَعُ العقدُ باطلًا من أصْلِه أو صحيحًا ؟ فيه روايتانِ عن أحمدَ ، وقولان للشافعيِّ . أحدهما ، هو باطلٌ ؛ لأنَّ الكفاءةَ حقٌّ لجَمِيعِهم ، والعاقِدُ[٢٧] مُتصرِّفٌ فيها بغيرِ رِضَاهُم ، فلم يَصِحَّ ، كتصرُّفِ الفُضُولِيِّ . والثانية ، هو صَحِيحٌ[٢٨] ؛ بدَليلِ أنَّ المرأةَ التى رَفَعَتْ إلى النَّبِيِّ ﷺ أنَّ أباها زَوَّجَها من غيرِ كُفْئِها خَيَّرَها ، ولم يُبْطِلِ النِّكاحَ[٢٩] من أصْلِه . ولأنَّ العَقْدَ وَقَعَ بالإذْنِ ، والنَّقْصُ الموجودُ فيه لا يَمْنَعُ صِحَّتَه ، وإنَّما يُثْبِتُ الخِيارَ ، كالعَيْبِ من العُنَّةِ وغيرِها . فعلى هذه الرِّوايةِ لمن لم يَرْضَ الفَسْخُ . وبهذا قال الشافعيُّ ، ومالكٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا رَضِيَتِ المرأةُ وبعضُ الأوْلياءِ ، لم يكُنْ لباقى الأوْلياءِ فَسْخٌ ؛ لأنَّ هذا الحَقَّ لا يَتجزَّأُ ، وقد أسْقَطَ بعضُ الشُّركاءِ حَقَّه ، فسَقَطَ جَمِيعُه ، كالقِصَاصِ . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحِدٍ من الأولياءِ يُعْتَبَرُ رِضَاه ، فلم يَسْقُطْ برِضَى غيرِه ، كالمرأةِ مع الوَلِيِّ . فأمَّا القِصَاصُ فلا يثْبُتُ لكلِّ واحِدٍ كاملًا ، فإذا سَقَطَ بعضُه ، تَعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه ، وهٰهُنا بخِلافِه ، ولأنَّه لو زَوَّجَها بدون مَهْرِ مِثْلِها ، مَلَكَ الباقُونَ عندَهم الاعْتِراضَ ، مع أنَّه خالِصُ حَقِّها ، فهٰهُنا مع أنَّه حَقٌّ لهم أوْلَى . وسواءٌ كانوا مُتساوِينَ فى الدَّرَجةِ ، أو مُتَفاوِتِينَ ، فزَوَّجَ الأقْرَبُ ، مثل أن يُزَوِّجَ الأبُ بغيرِ كُفْءٍ ، فإنَّ للإخوةِ الفَسْخَ . وقال مالكٌ ، والشافعيُّ : ليس لهم فَسْخٌ[٣٠] إذا زَوَّجَ الأقْرَبُ ؛ لأنَّه لا حَقَّ للأبْعدِ معه ، فرِضاؤُه لا يُعتبرُ . ولَنا ، أنَّه وَلِيٌّ فى حالٍ يَلْحَقُه العارُ بفَقْدِ الكفاءةِ ، فمَلَكَ الفَسْخَ كالمُتَساوِيَيْنِ .

---

(٢٧) فى م : « والعاقل » .

(٢٨) فى ا ، م : « الصحيح » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) فى م : « الفسخ » .

١١١٧ – مسألة ؛ قال : (والكُفءُ ذُو الدِّينِ[١] والمَنْصِبِ)

يعنى بالمَنْصِبِ الحَسَبَ ، وهو النَّسَبُ . واختلفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى شُروطِ الكفاءةِ ، فعنه هما شَرْطانِ ؛ الدِّينُ ، والمَنْصِبُ ، [٢]لا غيرُ[٢] . وعنه ، أنَّها خمسةٌ ؛ هذان ، والحُرِّيَّةُ ، والصِّناعةُ ، واليَسَارُ . وذكر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » أنَّ فَقْدَ هذه الثلاثة لا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، رِوايةً واحدةً ، وإنَّما الرِّوايتان فى الشَّرْطينِ الأَوَّلَيْنِ . قال : ويتَوَجَّهُ أنَّ المُبْطِلَ عَدَمُ الكفاءةِ فى النَّسَبِ لا غيرُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ لازِمٌ ، وما عَدَاه غيرُ لازِمٍ ، ولا يَتَعَدَّى نَقْصُه إلى الوَلَدِ . وذَكَر فى « الجامعِ » الرِّوايتَيْنِ فى جميعِ الشُّروطِ . وذكره أبو الخَطَّابِ أيضا . وقال مالكٌ : الكفاءةُ فى الدِّينِ لا غيرُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا جملةُ مذهبِ مالكٍ وأصحابِه . وعن الشافعىِّ كقَوْلِ مالكٍ ، وقولٌ آخرُ أنَّها الخمسةُ التى ذكَرناها ، والسَّلامةُ / من العُيوبِ الأربعةِ فتكون سِتَّةً . وكذلك قولُ أبى حنيفةَ ، والثَّورِىِّ ، والحسنِ ابن حَىٍّ ، إلَّا فى الصَّنْعةِ والسَّلامةِ من العُيوبِ الأربعةِ[٣] . ولم يَعْتَبِرْ محمدُ بن الحسنِ الدِّينَ ، إلَّا أن يكونَ ممَّن يَسْكَرُ ويَخْرُجُ ويَسْخَرُ منه[٤] الصِّبيانُ ، فلا يكون كُفْوًا ؛ لأنَّ الغالِبَ على الجُنْدِ الفِسْقُ ، ولا يُعَدُّ[٥] ذلك نَقْصًا ، والدليلُ على اعْتِبارِ الدِّينِ قولُه تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾[٦] . ولأنَّ الفاسِقَ مَرْذولٌ مَرْدودُ الشَّهادةِ والرِّوايةِ ، غيرُ مأْمونٍ على النَّفْسِ والمالِ ، مَسْلُوبُ الوِلَاياتِ[٧] ، ناقصٌ عند الله تعالى وعندَ خَلْقِه ، قليلُ الحَظِّ فى[٨] الدُّنيا والآخرةِ ، فلا يجوزُ أن يكونَ كُفُوًا لِعَفِيفةٍ ، ولا مُساوِيًا لها ، لكن يكونُ كُفُوًا لِمِثْلِه . فأمَّا الفاسِقُ من الجُنْدِ ، فهو

١٧/٧و

---

(١) فى م : « والدين » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) فى م : « معه » .

(٥) فى ب ، م : « ويعد » .

(٦) سورة السجدة ١٨ .

(٧) فى م : « الولاية » .

(٨) فى ب : « من » .

ناقِصٌ عند أهلِ الدِّينِ والمُروءاتِ. والدليلُ على اعْتبارِ النَّسَبِ فى الكفاءةِ، قولُ عمرَ، رَضِيَ اللهُ عنه : لأَمْنَعَنَّ فُرُوجَ ذَوَاتِ الأحْسابِ إلَّا مِنَ الأكْفَاءِ. قال : قلتُ : وما الأكْفاءُ ؟ قال فى الحَسَبِ[9]. رَواه أبو بكر عبدُ العزيزِ، بإسْنادِه[10]. ولأنَّ العَربَ يعُدُّونَ الكفاءةَ فى النَّسَبِ، ويأْنَفُونَ من نِكاحِ الْمَوَالِى[11]، ويَـرَوْنَ[12] ذلك نقصًا وعارًا، فإذا أُطْلِقَتِ الكفاءةُ، وَجَبَ حَمْلُها على المُتعارَفِ، ولأنَّ فى فَقْدِ ذلك عارًا ونقصًا، فوَجَبَ أن يُعْتَبَرَ فى الكفاءةِ كالدِّينِ[13].

فصل : واخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ، فرُوِيَ عنه أنَّ غيرَ قُرَيْشٍ من العَربِ لا يُكافِئُها، وغيرَ بنى هاشمٍ لا يُكافِئُهم. وهذا قولُ[14] بعضِ أصحابِ الشافعيِّ؛ لما رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ، أنَّه قال : « إنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنانَةَ مِنْ وَلَدِ إسْمَاعِيلَ، واصْطَفَى مِنْ كِنانةَ قُرَيْشًا، واصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِى هَاشِمٍ، واصْطَفَانِى مِنْ بَنِى هَاشِمٍ »[15]. ولأنَّ العربَ فُضِّلَتْ على[16] الأُمَمِ بِرَسُولِ اللهِ ﷺ، وقُرَيْشٌ أخَصُّ به من سائرِ العَرَبِ، وبنو هاشمٍ أخصُّ به من قُرَيْشٍ. وكذلك قال عثمانُ، وجُبَيْرُ بن مُطْعِمٍ : إنَّ إخوانَنا من بنى هاشمٍ لا نُنكِرُ فَضْلَهم علينا، لمَكانِكَ الذى وَضَعَكَ اللهُ به منهم[17]. وقال أبو حنيفةَ : لا تُكافِئُ العَجَمُ العَرَبَ ولا العَرَبُ قُرَيْشًا، وقريشٌ كلُّهم أكْفاءٌ؛ لأنَّ ابنَ

---

(9) فى م : « الأحساب ».

(10) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٧.

(11) فى م : « المولى ».

(12) فى الأصل : « ويعدون ».

(13) فى م : « الدين ».

(14) فى م زيادة : « عن ».

(15) أخرجه مسلم، فى : باب فضل نسب النبى ﷺ ...، من كتاب الفضائل. صحيح مسلم ٤ / ١٧٨٢. والترمذى، فى : باب فى فضل النبى ﷺ، من أبواب المناقب. عارضة الأحوذى ١٣ / ٩٤، ٩٥. والإمام أحمد، فى : المسند ٤ / ١٠٧.

(16) سقط من : الأصل، ا.

(17) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١١.

عباسٍ قال : قريشٌ بعضُهم أكْفاءُ بعضٍ . والرِّواية الثانية عن أحمدَ ، أنَّ العربَ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، والعَجَمُ بعضُهم لبعضٍ أكفاءٌ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ ابْنَتَيْه عُثمانَ ، وزَوَّجَ أبا العاصِ بن الرَّبيعِ زَيْنَبَ ، وهما من بنى عبدِ شَمْسٍ ، وزوجَ علىٌّ عمرَ ابْنَتَه أُمَّ كُلْثومٍ ، وتَزَوَّجَ عبدُ الله بن عمرٍو[18] بن عثمانَ فاطمةَ بنتَ الحُسَيْنِ / بن علىٍّ ، وتزوَّجَ المُصْعَبُ بن الزُّبَيْرِ أُختَها سُكَيْنةَ ، وتَزَوَّجها أيضا عبدُ الله بن عثمانَ بن حَكِيمِ بن حِزامٍ ، وتزوَّجَ المِقْدادُ بن الأسْودِ ضُباعةَ ابنةَ الزُّبَيْرِ بن عبدِ المُطَّلِبِ ابنةَ عَمِّ رَسُولِ الله ﷺ ، وزَوَّجَ أبو بكرٍ أُختَه أُمَّ فَرْوَةَ الأشْعَثَ بن قَيْسٍ ، وهما كِنْدِيَّانِ ، وتزوَّجَ أسامةُ بن زيدٍ فاطمةَ بنتَ قَيْسٍ ، وهى من قُرَيْشٍ ، ولأنَّ العَجَمَ والمَوالِى بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، وإن تَفاضَلُوا ، وشَرُفَ بعضُهم على بعضٍ ، فكذلك العَرَبُ .

17/7 ظ

فصل : فأمَّا الحُرِّيَّةُ ، فالصَّحيحُ أنَّها من شُروطِ الكَفاءةِ ، فلا يكونُ العبدُ كُفُوًا لحُرَّةٍ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيَّرَ بَرِيرَةَ حين عَتَقَتْ تحت عبدٍ . فإذا ثَبَتَ الخيارُ بالحُرِّيَّةِ الطَّارِئَةِ[19] ، فبالحُرِّيَّةِ المُقارِنةِ أوْلَى . ولأنَّ نَقْصَ الرِّقِّ كبيرٌ ، وضَرَرُه بَيِّنٌ ، فإنَّه مَشْغُولٌ عن امْرأتِه بحُقُوقِ سيِّدِه ، ولا يُنْفِقُ نَفقةَ المُوسِرِينَ ، ولا يُنفِقُ على وَلَدِه ، وهو كالمَعْدُومِ بالنِّسْبةِ إلى نَفْسِه . ولا يَمْنَعُ[20] صِحَّةَ النِّكاحِ ؛ فإنَّ[21] النَّبِىَّ ﷺ قال لِبَرِيرَةَ : « لَوْ رَاجَعْتِيهِ » . قالتْ : يا رسولَ الله ، أتأمُرُنِى ؟ قال : « إنَّما أنَا شَفِيعٌ » . قَالتْ : فلا حاجةَ لى فيه . روَاه البُخارِىُّ[22] . ومُراجَعَتُها له ابتداءُ النِّكاحِ ، فإنَّه قد

---

(18) فى الأصل : « عمر » .

وعبد الله بن عمرو بن عثمان هو الذى يلقب بالمطرف لحسنه . تهذيب التهذيب 5 / 338 .

(19) فى م : « الظاهرية » .

(20) فى الأصل زيادة : « من » .

(21) فى م : « لأن » .

(22) فى : باب شفاعة النبى ﷺ فى زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى 7 / 62 .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب شفاعة الحاكم للخصوم قبل فصل الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى 8 / 215 . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه 1 / 671 . والدارمى ، فى : باب=

انْفَسَخَ نِكاحُها باخْتِيارِها ، ولا يَشْفَعُ إليها النَّبِىُّ ﷺ فى أن تَنْكِحَ عبدًا إلَّا والنِّكاحُ صحيحٌ .

فصل : فأمَّا اليَسارُ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، هو شَرْطٌ فى الكفاءةِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « الحَسَبُ المالُ »[٢٣] . وقال : « إنَّ أَحْسَابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ فِى هٰذِهِ الدُّنْيَا هٰذَا الْمَالُ »[٢٤] . وقال لفاطمةَ بنت قَيْسٍ ، حين أخْبَرَتْه أنَّ مُعاوِيةَ خَطَبَها : « أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ ، لَا مَالَ لَهُ »[٢٥] . ولأنَّ على المُوسِرَةِ ضَرَرًا فى إعْسارِ زَوْجِها ؛ لإخْلالِه بنَفَقَتِها ومُؤْنَةِ أوْلادِها ، ولهذا مَلَكَتِ الفَسْخَ بإخْلالِه بالنَّفَقةِ ، فكذلك إذا كان مُقارِنًا ، ولأنَّ ذلك مَعْدُودٌ نَقْصًا فى عُرْفِ الناسِ ، يَتَفاضَلُون[٢٦] فيه كتَفَاضُلِهِم فى النَّسَبِ وأبْلَغ ، قال نُبَيْهُ بن الحَجَّاجِ السَّهْمِىُّ[٢٧] :

سَألَتَانِى الطَّلاقَ أن رَأَتَانِى   قَلَّ مَالِى قد جِئْتُمانِى بِنُكْرِ[٢٨]
وَيْكَأَنْ مَنْ لَهُ نَشَبٌ مُحَبَّبٌ   ومَن يَفْتَقِرْ يَعِشْ عَيْشَ ضُرِّ[٢٩]

= فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢١٥ ، ٢٨١ ، ٣٦١ .

(٢٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الحجرات ، من أبواب التفاسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ١٥٨ . وابن ماجه ، فى : باب الورع والتقوى ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٤١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ١٠ .

(٢٤) أخرجه النسائى ، فى : باب الحسب ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والحاكم ، فى : باب تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء ... ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٥٣ ، ٣٦١ .

(٢٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٨ .

(٢٦) فى م : « ويتفاضلون » .

(٢٧) نُبيه بن الحجاج السهمى ، ذكره ابن خلكان نقلا عن جمهرة النسب لابن الكلبى ، فقال : مُنَبِّه ونُبَيْه ابنا الحجاج ابن عامر بن حذيفة بن سعد بن سهم القرشى ، كانا سيدىْ بنى سهم فى الجاهلية ، قتلا يوم بدر كافرين ، وكانا من المطعمين . وفيات الأعيان ٦ / ٣٢٩ .

(٢٨) سقط البيت من : الأصل .

(٢٩) فى ا ، ب ، م : « نسب يحبب » .

فكان من شروطِ[30] الكفاءةِ ، كالنَّسَبِ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، ليس بشرطٍ ؛ لأنَّ الفقرَ شَرَفٌ فى الدِّينِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِى مِسْكِينًا ، وأَمِتْنِى مسكينًا »[31] . وليس هو أمرًا لازِمًا ، فأَشْبَهَ العافِيَةَ من المَرَضِ ، واليَسارُ المُعْتَبرُ ما يَقْدِرُ به على الإِنْفاقِ عليها ، حسبَ ما يَجِبُ لها ، ويُمْكِنُه أداءُ مَهْرِها .

/فصل : فأمَّا الصِّناعةُ ، ففيها رِوايتان أيضا ؛ إحْداهما ، أنَّها شَرْطٌ ، فمَن كان من أهلِ الصنائعِ الدَّنِيئةِ ، كالحائكِ ، والحَجَّامِ ، والحارِسِ ، والكَسَّاحِ ، والدَّبَّاغِ ، والقَيِّمِ ، والحمَّامِىِّ ، والزَّبَّالِ ، فليس بكُفْءٍ[32] لبناتِ ذَوِى[32] المُروءاتِ ، أو أصحابِ الصَّنائعِ الجَلِيلةِ ، كالتِّجارةِ ، والبِنايةِ ؛ لأنَّ ذلك نَقْصٌ فى عُرْفِ الناسِ ، فأَشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ ، وقد جاء فى حَدِيثٍ[33] : « العَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، إِلَّا حَائِكًا ، أَو حَجَّامًا »[34] . قيل لأحمدَ ، رَحِمَه اللهُ : وكيف تأْخُذُ به وأنتَ تُضَعِّفُه ؟ قال : العَمَلُ عليه . يعنى أنَّه وَرَدَ مُوافِقًا لأهلِ العُرْفِ . ورُوِىَ أنَّ ذلك ليس بنَقْصٍ ، ويُرْوَى نحوُ ذلك عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ذلك ليس بنَقْصٍ فى الدِّينِ ، ولا هو لازمٌ ، فأَشْبَهَ الضَّعْفَ والمَرَضَ ، قال بعضُهم[35] :

أَلَا إِنَّما التَّقْوَى هى العِزُّ والكَرَمْ	وحُبُّكَ للدُّنيا هو الذُّلُّ والسَّقَمْ
ولَيْسَ على عَبْدٍ تَقِىٍّ نَقِيصَةٌ	إذا حَقَّقَ التَّقْوَى وإن حَاكَ أو حَجَمْ

وأما السَّلامةُ من العُيوبِ ، فليس من شُروطِ الكَفاءةِ ، فإنَّه لا خِلافَ فى أنَّه لا يَبْطُلُ النِّكاحُ بعَدَمِها ، ولكنَّها تُثْبِتُ الخِيارَ للمَرأةِ دُونَ الأَوْلِياءِ ؛ لأنَّ ضَرَرَه مُخْتَصٌّ بها .

---

(30) فى الأصل : « شرط » .
(31) تقدم تخريجه فى صفحة 307 .
(32-32) فى ب : « لذوى » .
(33) فى م : « الحديث » .
(34) أخرجه البيهقى ، فى : باب اعتبار الصنعة فى الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 135 .
(35) البيتان لأبى العتاهية ، وهما فى ديوانه . انظر : أبو العتاهية أشعاره وأخباره 348 ، 349 .

ولوَلِيِّها مَنْعُها من نِكاحِ المَجْذُومِ والأَبْرَصِ والمجنونِ ، وما عدا هذا فليس بِمُعْتَبرٍ[٣٦] فى الكفاءةِ .

فصل : مَن أَسْلَمَ أو عَتَقَ من العَبِيدِ ، فهو كُفْءٌ لمن له أبوانِ فى الإسْلامِ والحُرِّيةِ . وقال أبو حنيفةَ : ليس بكُفْءٍ . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ الصَّحابةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أكْثَرُهم أسْلَمُوا، وكانوا أفْضَلَ الأُمَّةِ، فلا يجوزُ أن يُقالَ: إنَّهم غيرُ أكْفاءٍ للتَّابِعِينَ.

فصل : فأمَّا وَلَدُ الزِّنَى ، فيَحْتَمِلُ أن لا يكونَ كُفْؤًا لذاتِ نَسَبٍ ؛ فإنَّ أحمدَ ، رَحِمهُ اللهُ ، ذُكِرَ له أنَّه يَنْكِحُ ويُنْكَحُ إليه ؟ فكأنَّه لم يُحِبَّ . وذلك لأنَّ المرأةَ تُعَيَّرُ به هى وأوْلياؤُها[٣٧] ، ويَتَعَدَّى ذلك إلى وَلَدِها . وأمَّا كونُه ليس بكُفْءٍ لعَرَبِيّةٍ ، فلا إشْكالَ فيه ؛ لأنَّه أدْنَى حالًا من المَوْلَى .

فصل : والمَوالِى بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، وكذلك العَجَمُ . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رَجُلٍ من بنى هاشمٍ له مَوْلاةٌ : يُزَوِّجُها الخُراسانِىُّ ، وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَوالِى القَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ »[٣٨] . هو فى الصَّدَقةِ ، فأمَّا فى[٣٩] النكاحِ فلَيْنْكِح . وذَكَرَ القاضى روايةً عن أحمدَ ، أنَّ مَوْلَى القومِ يكافِئُهُم ؛ لهذا الخبرِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ زَوَّجَ زَيْدًا وأسامةَ عَرَبِيَّتَيْنِ[٤٠] ، ولأنَّ مَوالِىَ بنى هاشمٍ ساوَوْهُم فى حِرْمانِ / الصَّدقةِ ، فيُساوُونَهم فى الكفاءةِ . وليس هذا بصحيحٍ ؛ فإنَّه يُوجِبُ أن يكونَ المَوالِى أكْفاءَ للعَرَبِ ، فإنَّ المَوْلَى إذا كان كُفْءَ سَيِّدِه كان كفؤًا لمن يكافِئُه سَيِّدُه ، فيَبْطُلُ اعتبارُ المَنْصِبِ ، وقد قال أحمدُ : هذا الحديثُ فى الصَّدَقَةِ ، لا فى النِّكاحِ . ولهذا لا يُساوُونَهم فى اسْتِحقاقِ الخُمسِ ، ولا فى الإمامةِ ، ولا فى الشَّرَفِ . وأمَّا زَيْدٌ وأسامةُ ، فقد اسْتُدِلَّ بِنكاحِهِما

١٨/٧ظ

---

(٣٦) فى الأصل : « يعتبر » .

(٣٧) فى ا ، م : « وولدها » .

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٠ .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) تقدم تخريجه فى صفحتى ٣٨٨ ، ٣٨٩ .

عَرَبِيَّتَيْنِ على أنَّ فَقْدَ الكفاءةِ لا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، واعْتَذرَ أحمدُ عن تَزْوِيجِهِما ، بأنَّهما عَرَبِيَّان ، فإنَّهما من كَلْبٍ ، وإنَّما طَرَأ عليهما رِقٌّ . فعلى هذا يكونُ هذا[41] حُكْمَ كلِّ عَرَبِيِّ الأصْلِ .

فصل : فأمَّا أهْلُ البِدَعِ ، فإنَّ أحمدَ قال فى الرَّجُلِ يُزَوِّجُ الْجَهْمِيَّ : يُفَرَّقُ بينهما . وكذلك إذا زَوَّجَ الْواقِفِيَّ ، إذا كان يُخاصِمُ ويَدْعُو ، وإذا زَوَّجَ أُخْتَه من هؤلاءِ اللَّفْظِيَّةِ[42] ، وقد كتب الحَدِيث ، فهذا[43] شَرٌّ من جَهْمِيٍّ ، يُفَرَّقُ بينهما . وقال : لا يُزَوِّجُ بِنْتَه من حَرُورِيٍّ مَرَقَ من الدِّينِ ، ولا من الرَّافِضِيِّ ، ولا من القَدَرِيِّ ، فإذا كان لا يَدْعُو فلا بَأْسَ . وقال : من لم يُرَبِّعْ[44] بعَلِيٍّ فى الخِلافةِ ، فلا تُناكِحُوه ، ولا تُكَلِّمُوه . قال القاضى : المُقَلِّدُ منهم يَصِحُّ تَزْوِيجُه ، ومَن كان داعِيةً منهم فلا يَصِحُّ تَزْوِيجُه .

فصل : والكَفاءةُ مُعْتبرَةٌ فى الرَّجُلِ دُونَ المرأةِ ؛ فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ لا مُكافِئَ له ، وقد تَزَوَّجَ من أحْياءِ العَرَبِ ، وتزوجَ صَفِيَّةَ بنت حُيَيٍّ ، وتَسَرَّى بالإماءِ ، وقال : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فعَلَّمَها ، وأحْسَنَ تَعْلِيمَها ، وأحْسَنَ إلَيْهَا ، ثُمَّ أعْتَقَها وتَزَوَّجَها ، فَلَهُ أجْرانِ » . متفقٌ عليه[45] . ولأنَّ الوَلَدَ يَشْرُفُ بشَرَفِ أبِيه ، لا بأُمِّه ، فلم يُعْتَبَرْ ذلك فى الأُمِّ .

---

(41) سقط من : ب ، م .

(42) فى م : « اللفظة » .

(43) فى ب : « فهو » .

(44) أى يعده رابع الخلفاء الراشدين .

(45) أخرجه البخارى ، فى : باب تعليم الرجل أمته وأهله ، من كتاب العلم ، وفى : باب فضل من أدب جاريته وعلمها ، من كتاب العتق ، وفى : باب فضل من أسلم من أهل الكتابين ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب : ﴿ واذكر فى الكتاب مريم ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ٣٥ ، ٣ / ١٩٥ ، ٤ / ٧٤ ، ٢٠٤ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ١٣٤ ، ١٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٣ . =

١١١٨ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَه الْبِكْرَ ، فَوَضَعَهَا فى كفَاءَةٍ ، فالنِّكاحُ ثَابِتٌ وَإنْ كَرِهَتْ ، كَبِيرةً كَانَتْ أو صَغِيرَةً)

أمَّا البِكْرُ الصغيرةُ ، فلا خلافَ فيها . قال ابنُ المنذرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، أنَّ نِكاحَ الأبِ ابْنَتَه البِكْرَ[1] الصغيرةَ جائزٌ ، إذا زَوَّجها من كُفْءٍ ، ويجوزُ له تَزْوِيجُها مع كَرَاهِيَتِها وامْتِناعِها . وقد دَلَّ على جوازِ تَزْوِيجِ الصغيرةِ قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَاللَّائِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[2] فجَعلَ اللَّائى لم يَحِضْنَ عِدّةَ ثلاثةِ أشْهُرٍ ، ولا تكونُ العِدَّةُ ثلاثةَ أشْهُرٍ إلَّا من طَلَاقٍ[3] فى نِكاحٍ أو فَسْخٍ ، فدَلَّ ذلك على أنَّها تُزَوَّجُ وتُطَلَّقُ ، ولا إذْنَ لها فيُعْتَبرُ . وقالت عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها : تَزَوَّجَنِى النَّبِىُّ ﷺ وأنا ابنةُ سِتٍّ ، وبَنَى بى وأنا ابنةُ تِسْعٍ . متفقٌ عليه[4] .. ومَعْلومٌ أنَّها لم تكنْ فى تلك الحالِ ممَّن يُعْتَبَرُ / إذْنُها . ورَوَى الأثرمُ ، أن قُدامةَ بن مَظْعونٍ تزوَّجَ ابنةَ الزُّبَيْرِ حين نَفِسَتْ ، فقِيلَ له ، فقال : ابْنةُ الزُّبيرِ إن مُتُّ وَرِثَتْنِى ، وإن عِشْتُ كانت امْرَأتِى . وزَوَّجَ علىٌّ ابْنَتَه أُمَّ كُلْثومٍ وهى صَغِيرةٌ عمرَ

١٩/٧و

= وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمى ، فى : باب فضل من أعتق أمة ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٤ ، ١٥٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٩٥ ، ٣٩٨ ، ٤٠٢ ، ٤١٤ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) فى م : « الطلاق » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب تزويج النبى ﷺ عائشة ... ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ٥ / ٧٠ ، ٧١ . ومسلم ، فى : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٨ ، ١٠٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تزويج الصغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٠ . وابن ماجه ، فى : باب نكاح الصغار يزوجهن الآباء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٣ ، ٦٠٤ . والدارمى ، فى : باب فى تزويج الصغار إذا زوجهن آباؤهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٩ ، ١٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٢ ، ١١٨ ، ٢١١ .

ابن الخَطابِ ، رَضِيَ اللهُ عنهما . وأمَّا البِكْرُ البالغةُ العاقلةُ ، فعن أحمدَ روايتان ؛ إحداهما ، له إجْبارُها على النكاحِ ، وتَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِها ، كالصغيرةِ . وهذا مذهبُ مالكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والشَّافعىِّ ، وإسحاقَ . والثانية ، ليس له ذلك ، اختارها أبو بكرٍ . وهو مذهبُ الأوْزاعىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، ولا تُنْكَحُ البِكْرُ حتى تُسْتَأْذَنَ[5] » . فقالوا : يا رسولَ الله ، فكيف إذْنُها ؟ قال : « أنْ تَسْكُتَ » . متفقٌ عليه[6] . ورَوَى أبو داودَ[7] ، وابنُ ماجَه ، عن ابنِ عباسٍ ، أنَّ جاريةً بِكْرًا ، أتتِ النبىَّ ﷺ ، فذَكَرَتْ أن أباها زَوَّجها وهى كارِهة ، فخيَّرها النَّبِىُّ ﷺ[8] . ولأنَّها جائزةُ التَّصرُّفِ فى مالِها ، فلم يَجُزْ إجْبارُها ، كالثَّيِّبِ ، والرَّجُلِ[9] .

ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى ، ما رُوِىَ عن[10] ابنِ عباسٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « الأَيِّمُ أَحَقُّ بنَفْسِها مِنْ وَلِيِّها ، والبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ[11] ، وإذْنُها صُمَاتُها » . رواه[12] مسلمٌ و[12]

---

(٥) فى الأصل ، ب : « تأذن » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها ، من كتاب النكاح ، وفى : باب فى النكاح ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٧ / ٢٣ ، ٩ / ٣٢ . ومسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ ، ١٠٣٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٢ . والنسائى ، فى : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمى ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ .

(٧) فى الأصل زيادة : « فى سننه » .

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٩ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ا ، ب .

(١١) فى الأصل ، ا : « تستأمر » .

(١٢-١٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

أبو داودَ[١٣] . فلما قَسَمَ النِّساءَ قِسْمَيْنِ ، وأَثْبَتَ الحَقَّ لأَحَدِهِما ، دَلَّ على نَفْيِه عن الآخرِ ، وهى[١٤] البِكْرُ ، فيكون وَلِيُّها أَحَقَّ منها بها ، ودلَّ الحديثُ على أنَّ[١٥] الاسْتِئْمارَ هٰهُنا ، والاسْتِئْذانَ فى حَدِيثِهم مُسْتَحَبٌّ ، ليس بواجِبٍ ، لما[١٦] رَوَى ابنُ عمرَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « آمِرُوا النِّساءَ فى بَناتِهِنَّ » . رواه أبو داودَ[١٧] . وحديثُ التى خيَّرَها رسولُ اللهِ ﷺ مُرْسَلٌ ، ويَحْتَمِلُ أنَّها التى زَوَّجَها أبُوها من ابنِ أخِيه ليَرْفَعَ بها خَسِيستَه[١٨] ، فتَخْيِيرُها لذلك ، ولأنَّ ما لا يُشْتَرَطُ فى نِكاحِ[١٩] الصغيرةِ لا يُشْتَرطُ فى نِكاحِ الكبيرةِ ، كالنُّطْقِ . وقولُ الخِرَقِىِّ : « فوَضَعَها فى كفاءَةٍ » يَدُلُّ على أنَّه إذا زَوَّجَها من غيرِ كُفْءٍ ، فنِكاحُها باطِلٌ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْنِ عن أحمدَ ، وأحدُ قولَى الشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له تَزْوِيجُها من غيرِ كُفْءٍ ، فلم يَصِحَّ . كسائرِ الأنْكِحةِ المُحَرَّمةِ ، ولأنَّه عَقَدَ لمُوَلِّيَتِه عَقْدًا لا حَظَّ لها فيه بغيرِ إذْنِها ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِه عقارَها

---

(١٣) أخرجه مسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب فى النكاح . من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٩ / ٣٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٥ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠١ . والدارمى ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام مالك ، فى : باب استئذان البكر والأيم فى أنفسهما ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٢٤ ، ٥٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢١٩ ، ٢٤٢ ، ٢٦١ ، ٢٧٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ .

(١٤) فى الأصل ، ب : « وهو » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) فى م : « كما » .

(١٧) بعد هذا فى م زيادة : « وحديث أبى داود » . والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٤ .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٩ .

(١٩) فى ا ، م : « النكاح » .

من غير غبطةٍ ولا حاجةٍ ، أو بيعِه بدونِ ثَمنِ مِثْلِه[٢٠] ، ولأنَّه نائبٌ عنها شرْعًا ، فلم يَصِحَّ تَصرُّفُه لها شرعًا[٢١] بما لا حَظَّ لها فيه ، كالوَكِيلِ . والثانية ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَيْبٌ فى المَعْقُودِ عليه ، فلم يَمْنَعِ الصِّحّةَ ، كشِراءِ / المَعِيبِ الذى لا يُعْلَمُ عَيْبُه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ النِّكاحُ ، إذا عَلِمَ أنَّ الزَّوْجَ ليس بكُفْءٍ ، ويصحُّ إذا لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ حَرُمَ عليه العَقْدُ ، فبَطَلَ لتَحْرِيمِه ، بخلافِ ما لم يَعْلَمْه ، كما إذا[٢٢] اشْتَرَى لها مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ نِكاحُ الكبيرةِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ اسْتِدراكُ الضَّررِ ، بإثباتِ الخِيَارِ لها ، فتَفْسَخُ إن كَرِهَتْ ، وإن لم تَفْسَخْ كان كإجَازَتِها وإذْنِها ، بخلافِ نِكاحِ الصَّغيرةِ . وعلى[٢٣] القولِ بصِحّتِه ؛ فإن كانت كبيرةً ، فلها الخيارُ ، ولا خِيارَ لأبِيها إذا كان عالِمًا ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّه برِضَاه ، وإن كانت صغيرةً ، فعليه الفَسْخُ ، ولا يَسْقُطُ برِضَاه ؛ لأنَّه يَفْسَخُه[٢٤] لِحَظِّها ، وحَقُّها لا يَسْقُطُ برِضَاه . ويَحْتَمِلُ أن لا يكونَ له الفَسْخُ ، ولكن يَمْنَعُ الدُّخولَ عليها حتى تَبْلُغَ فتَخْتارَ . وإن كان لها وَلِىٌّ غيرَ الأبِ ، فلها الفَسخُ على ما مَضَى . وعلى كِلْتا الرِّوايَتَيْن ، فلا يَحِلُّ له تَزْويجُها[٢٥] من غير كُفْءٍ ، ولا من مَعِيبٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أقامَه مُقامَها ، ناظِرًا لها فيما فيه الحَظُّ ، ومُتَصَرِّفًا[٢٦] لها ، [٢٧]لعَجْزِها عن التَّصرُّفِ فى نَفْسِها ، فلا يجوزُ له فِعْلُ ما لا حَظَّ لها[٢٧] فيه ، كما فى مالِها ، ولأنَّه إذا حَرُمَ عليه التَّصرُّفُ فى مالِها بما لا حَظَّ فيه ، ففى نَفْسِها أَوْلَى .

(٢٠) فى ب : « المثل » .
(٢١) سقط من : الأصل ، ب .
(٢٢) فى م : « لو » .
(٢٣) فى ا ، م : « على » .
(٢٤) فى م : « بفسخ » .
(٢٥) فى الأصل ، ا ، ب : « أن يزوج » .
(٢٦) سقط من : م .
(٢٧-٢٧) سقط من : م .

١١١٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَيسَ هٰذَا لِغَيرِ الأَبِ)

يعنى ليس لغيرِ الأبِ إجْبارُ كبيرةٍ ، ولا تزويجُ صغيرةٍ ، جَدًّا كان أو غيرَه . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، والثَّورِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وبه قال الشافعىُّ ، إلَّا فى الجَدِّ ، فإنَّه جَعَلَه كالأبِ ؛ لأنَّ وِلايَته وِلايةُ إيلادٍ ، فمَلَكَ إجْبارَها[١] كالأبِ . وقال الحسنُ ، وعمرُ ابن عبد العزيزِ ، وعطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وقتادةُ ، [٢]وابنُ شُبْرُمَةَ[٢] ، والأوْزاعىُّ ، وأبو حنيفةَ : لغيرِ الأبِ تزويجُ الصغيرةِ ، ولها الخِيارُ إذا بَلَغَتْ . وقال هؤلاء غيرَ أبى حنيفةَ : إذا زَوَّجَ الصغيرَيْنِ غيرُ الأبِ ، فلهما الخِيارُ إذا بَلَغَا . قال أبو الخَطَّابِ : وقد نَقَلَ عبدُ اللهِ ، عن أبيه ، كقولِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِى ٱلْيَتَامَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ ﴾[٣] . فمَفْهُومُه أنَّه إذا لم يَخَفْ ، فله تَزْويجُ اليَتِيمةِ ، واليتيمُ[٤] مَنْ لم يَبْلُغْ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ »[٥] . قال عُرْوةُ : سألْتُ عائشةَ عن قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِى ٱلْيَتَامَىٰ ﴾ . فقالت : يا ابنَ أُخْتِى ، هذه اليَتِيمةُ تكونُ فى حِجْرِ وَلِيِّها ، فيَشْرَكُها[٦] فى مالِها ، ويُعْجِبُه مالُها وجَمالُها[٧] ، فيُرِيدُ أن يَتَزَوَّجَها بغيرِ أن يُقْسِطَ فى صَداقِها ، فيُعْطِيها مِثْلَ ما يُعْطِيها غيرُه ، فنُهُوا عن نِكاحِهِنَّ إلَّا أن يُقْسِطُوا فيهنَّ ، ويَبْلُغُوا أعْلَى سُنَّتِهِنَّ فى الصَّداقِ . مُتَّفَقٌ عليه[٨] . / ولأنَّه وَلِىٌّ فى النِّكاحِ ، فمَلَكَ التَّزويجَ كالأبِ . ولَنا ، قولُ ٢٠/٧و

---

(١) فى الأصل ، ب : « الإجبار » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « وابن سيرين » .

(٣) سورة النساء ٣ .

(٤) فى الأصل ، ب : « واليتيمة » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٦ .

(٦) فى ا ، ب ، م : « ويشركها » .

(٧) فى الأصل : « أو جمالها » .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب شركة اليتيم وأهل الميراث ، من كتاب الشركة ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ... ﴾ . من كتاب الوصايا ، وفى : باب : ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب الترغيب فى النكاح ، وباب الأكفاء فى المال وتزويج المقل المثرية ، وباب لا =

النَّبِىِّ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فى نَفسِهَا ، فَإِنْ[9] سكَتَتْ فَهُوَ إذْنُها ، وإنْ أبَتْ ، فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . رواه أبو داودَ ، والنَّسائىُّ[10] . وروَى[11] ابنُ عمرَ ، أن قُدامةَ بن مَظْعُونٍ زَوَّجَ ابنَ عمرَ ابْنةَ أخِيه عثمانَ ، فرُفِعَ ذلك إلى النَّبِىِّ ﷺ ، فقال : « إنَّها يَتِيمةٌ ، ولَا[12] تُنْكَحُ إلَّا بإذْنِهَا »[13] . واليتيمةُ : الصغيرةُ التى مات أبُوها . ولأنَّ غيرَ الأبِ قاصرُ الشَّفقةِ ، فلا يَلِى نِكاحَ صَغِيرةٍ[14] ، كالأجنبىِّ ، وغيرُ الجَدِّ لا يلى مالَها ، فلا يَستبِدُّ بنكاحِها ، كالأجنبىِّ . ولأنَّ الجَدَّ يُدْلِى[15] بولايةِ غيره ، فأشْبَهَ سائرَ العَصَباتِ ، وفارَقَ الأبَ ، فإنَّه يُدْلِى بغيرِ واسطةٍ ، ويُسْقِطُ الإخوةَ والجَدَّ ، ويَحْجُبُ الأمَّ عن ثُلُثِ المالِ إلى ثُلُثِ الباقى فى زَوْجٍ وأبَوَين أو زَوْجةٍ وأبَوَين . والآيةُ محمولةٌ على البالغةِ بدَليلِ قولِ

= يتزوج أكثر من أربع .... ، وباب إذا كان الولى هو الخاطب .... ، وباب تزويج اليتيمة .... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب ما ينهى من الاحتيال للولى فى اليتيمة ... ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٣ / ١٨٣ ، ٤ / ١١ ، ٦ / ٥٣ ، ٥٤ ، ٧ / ٣ ، ١٠ ، ١١ ، ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٩ / ٣١ . ومسلم ، فى : كتاب التفسير ، صحيح مسلم ٤ / ٢٣١٣ ، ٢٣١٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٧ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٥ .

(٩) فى ب ، م : « وإن » .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٣ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، وباب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٩ ، ٧٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩ . والدارمى ، فى : باب فى اليتيمة تزوج نفسها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٦١ ، ٣٣٤ ، ٢ / ٢٥٩ ، ٤٧٥ ، ٤ / ٣٩٤ ، ٤٠٨ ، ٤١١ .

(١١) فى م زيادة : « عن » .

(١٢) فى الأصل : « فلا » .

(١٣) أخرجه الحاكم ، فى : باب لا تنكحوا النساء حتى تستأمروهن ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٦٧ . والدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٣٠ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى إنكاح اليتيمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٠ ، ١٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٣٠ .

(١٤) فى م : « الصغيرة » .

(١٥) فى م : « يلى » .

اللهُ تعالى : ﴿ تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾[16] . وإنَّما يُدْفَعُ إلى الكبيرةِ ، أو نَحْمِلُها على بنتِ تِسْعٍ .

فصل : وإذا بَلَغتِ الجاريةُ تِسْعَ سِنِينَ ، ففيها روايتان ؛ إحْداهما ، أنَّها كمَن لم تَبْلُغْ تِسْعًا ، نَصَّ عليه فى رِوايةِ الأَثْرَمِ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وسائرِ الفُقَهاءِ . قالوا : حُكْمُ بِنْتِ تِسْعِ سِنِينَ[17] ، حُكْمُ بنتِ ثَمانٍ ؛ لأنَّها غيرُ بالغةٍ ، ولأنَّ إذْنَها لا يُعْتَبرُ فى سائرِ التَّصَرُّفاتِ[18] ، فكذلك فى النِّكاحِ . والرِّوايةُ الثانية ، حُكْمُها حكمُ البالغةِ . نَصَّ عليه فى رِوايةِ ابن مَنْصورٍ ؛ لِمَفْهُومِ الآية ، ودَلالةِ الخَبَرَيْن[19] بعُمُومِهما ، على أنَّ اليَتِيمةَ تُنْكَحُ بإذْنِها ، وإن أبَتْ فلا جَوازَ عليها ، وقد انْتَفَى[20] به الإذْنُ فى مَن دُونَها ، فيَجِبُ حَمْلُه على مَنْ بَلَغَتْ تِسْعًا . وقد رَوَى الإمامُ أحمدُ[21] ، بإسْنادِه عن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنها قالتْ : إذا بَلَغتِ الجاريةُ تِسْعَ سِنِينَ فهى امْرأةٌ . ورَواه القاضى ، بإسْنادِه عن ابن عمرَ ، عن النبىِّ ﷺ . ومَعْناه[22] : فى حُكْمِ المرأةِ . ولأنَّها بَلَغَتْ سِنًّا يُمْكِنُ فيه حَيْضُها ، ويَحْدُثُ لها حاجةٌ إلى النِّكاحِ ، فيُباحُ تَزْوِيجُها كالبالغةِ . فعلى هذا إذا زُوِّجَتْ ثم بَلَغَتْ ، لم يَكُنْ لها خِيارٌ ، كالبالغةِ إذا زُوِّجَتْ . وقد خَطَبَ عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أُمَّ كُلْثُومٍ ابنةَ أبى بكرٍ بعدَ مَوْتِه إلى عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، فأجابَتْه ، وهى لِدُونِ عَشْرٍ ، لأنَّها إنَّما وُلِدَتْ بعد مَوْتِ أبِيها ، وإنَّما كانت وِلايةُ عمرَ عَشْرًا ، فكَرِهَتْه الجاريةُ ، فتَزَوَّجَها طَلْحةُ بن عُبَيْدِ

---

(16) سورة النساء 127 .

(17) سقط من : ب .

(18) فى الأصل : « الصفات » .

(19) فى م : « الخبر » .

(20) سقط من : الأصل ، ا .

(21) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى 5 / 29 . ولعل الإمام أحمد رواه فى غير المسند .

(22) فى م : « بمعناه » .

اللهُ[٢٣] ، ولم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ ، فدَلَّ على اتِّفاقِهم على صِحَّةِ تَزْوِيجِها قبلَ بُلُوغِها بوِلايةِ غيرِ أبِيها . واللهُ أعلم .

١١٢٠ – مسألة ؛ قال : (ولَوِ اسْتأْذَنَ الْبِكْرَ الْبَالِغَةَ وَالِدُهَا ، كَانَ حَسَنًا)

لا نعلمُ خلافًا فى / اسْتِحبابِ اسْتِئْذانِها ، فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قد أمَرَ به ، ونَهَى عن النِّكاحِ بدُونِه ، وأقَلُّ أحْوالِ ذلك الاسْتِحبابُ ، ولأنَّ فيه تَطْيِيبَ قَلْبِها ، وخُرُوجًا من الخِلافِ . وقالت عائشةُ : سألْتُ رسولَ الله ﷺ عن الجارِيةِ يُنْكِحُها أهْلُها ، أتُسْتأْمَرُ أم لا ؟ فقال لها رسولُ الله ﷺ : « نَعَمْ ، تُسْتَأْمَرُ » . وقال : « اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِنَّ ؛ فَإِنَّ البِكْرَ تَسْتَحِي ، فتَسْكُتُ ، فَهُوَ إِذْنُها » . مُتَّفَقٌ عليهما[١] . ورُوِىَ عن عَطاءٍ ، قال : كان النبىُّ ﷺ يَسْتَأْمِرُ بناتِه إذا أنْكَحَهُنَّ . قال : كان يَجْلِسُ عند خِدْرِ المَخْطُوبةِ ، فيقولُ : « إنَّ فُلَانًا يَذْكُرُ فُلَانَةَ » . فإن حَرَّكَتِ الخِدْرَ لم يُزَوِّجْها ، وإن سَكَتَتْ زَوَّجَها[٢] .

٧/٢٠ ظ

فصل : ويُسْتَحَبُّ اسْتِئْذانُ المرأةِ فى تَزْوِيجِ ابْنَتِها ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ »[٣] . ولأنَّها تُشارِكُه فى النَّظَرِ لِابْنَتِها ، وتَحْصِيلِ المصلحةِ لها ، لِشَفَقَتِها عليها ، وفى اسْتِئْذانِها تَطْيِيبُ قَلْبِها[٤] ، وإرْضاءٌ لها فتكونُ أوْلَى .

---

(٢٣) أورده أبو نعيم ، فى ذكر أخبار أصبهان ٢ / ٢٧٣ .

(١) أخرجهما البخارى ، فى : باب لا يجوز نكاح المكره ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩ / ٢٦ ، ٢٧ . ومسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٧ .

كما أخرج الأول الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٦٥ . والثانى النسائى ، فى : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٥ ، ٢٠٣ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٧٨ عن عائشة . وعبد الرزاق ، فى : باب استئمار النساء فى أبضاعهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٤٤ . باختلاف يسير فى لفظه ، ومن رواية ابن أبى كثير بلفظه فى ٦ / ١٤١ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .

(٤) فى الأصل : « لقلبها » .

١١٢١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الثَّيِّبَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ، وإِنْ رَضِيَتْ بَعْدُ)

وجملةُ ذلك أنَّ (١) الثَّيِّبَ تَنْقَسِمُ (١) قِسْمَيْنِ ؛ كبيرةٌ ، وصغيرةٌ ، فأمَّا الكبيرةُ ، فلا يجوزُ للأبِ (٢) ولا لغيرِهِ (٢) تزويجُها إلَّا (٣) بإذنِها ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الحَسَنَ قال : له تزويجُها وإن كَرِهَتْ . والنَّخَعِيُّ قال : يُزَوِّجُ بِنْتَه إذا كانت فى عِيالِه ، فإن كانتْ بائِنةً فى بيْتِها مع عِيالِها استَأْمَرَها . قال إسماعيلُ بن إسحاقَ : لا أعْلَمُ أحدًا قال فى البِنْتِ بقولِ الحَسَنِ ، وهو قولٌ شاذٌّ ، خالَفَ فيه أهلَ العِلْمِ والسُّنَّةَ الثَّابِتَةَ (٤) ، فإنَّ الخَنْساءَ ابنةَ خِذامٍ (٥) الأنصاريَّةَ ، رَوَتْ أنَّ أباها زَوَّجَها وهى ثَيِّبٌ ، فكَرِهَتْ ذلك ، فأَتَتْ رسولَ اللهِ ﷺ ، فرَدَّ نِكَاحَه . رواه البُخارىُّ ، والأئمةُ كلُّهم (٦) . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا الحديثُ مُجْمَعٌ (٧) على صِحَّتِه ، والقولِ به ، لا نَعْلَمُ مُخالِفًا له إلَّا الحَسَنَ ، وكانت الخَنْساءُ من أهلِ قُباءَ ، وكانت تحت أُنَيْسِ بن قَتادةَ ، فقُتِلَ عنها يوم أُحُد ، فزَوَّجَها أبُوها رَجُلًا من بنى عَمْرِو بن عَوْفٍ ، فكَرِهَتْه ، وشَكَتْ ذلك إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فرَدَّ نِكاحَها ، ونَكَحَتْ أبالُبابةَ بن عبد المُنْذِرِ . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ

(١ - ١) فى م : « البنت تقسم » .

(٢ - ٢) فى ا ، م : « ولغيره » .

(٣) فى الأصل : « بغير » .

(٤) سقط من : م .

(٥) ويروى « خدام » . انظر : عون المعبود شرح سنن أبى داود ٢ / ١٩٧ .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يجوز نكاح المكره ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩ / ٢٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمى ، فى : باب الثيب يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٩ . والإمام مالك ، فى : باب جامع مالا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٧) فى الأصل : « مجتمع » .

قال : « لا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ » . مُتَّفَقٌ عليه[8] . وقال : « الْأَيِّمُ أَحَقُّ بنفسِها مِنْ وَلِيِّهَا »[8] . ورَوَى ابنُ عباسٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، قال : « لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ » . رَواهما النَّسائِيُّ وأبو داودَ[9] . / ولأنَّها رَشِيدةٌ عالمةٌ بالمَقْصودِ من النِّكاحِ مُخْتَبِرةٌ، فلم يَجُزْ إجْبارُها عليه، كالرَّجُلِ. القسم الثانى، الثَّيِّبُ الصغيرةُ، [10]وفى تَزْوِيجِها[10] وَجْهان؛ أحدهما، لا يجوزُ تَزْوِيجُها، وهو ظاهرُ قولِ الْخِرَقِىِّ. واخْتِيارُ[11] ابنِ حامِدٍ ، وابنِ بَطَّةَ ، والقاضى ، ومَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لِعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّ الإِجْبارَ يَخْتَلِفُ بالبَكارَةِ والثُّيُوبةِ ، لا بالصِّغَرِ والكِبَرِ ، وهذه ثَيِّبٌ ، ولأنَّ فى تَأْخِيرِها فائِدَةً ، وهو أن تَبْلُغَ فتَخْتارَ لِنَفْسِها ويُعْتَبَرَ إذْنُها ، فوَجَبَ التَّأْخيرُ ، بخِلافِ البِكْرِ . الوَجْه الثانى ، أن لأَبِيها تَزْوِيجَها ، ولا يَسْتَأْمِرُها . اختاره أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّها صغيرةٌ ، فجاز إجْبارُها كالبِكْرِ والغُلامِ . يُحَقِّقُ ذلك أنَّها لا تَزِيدُ بالثُّيُوبةِ على ما حصل للغُلامِ بالذُّكُورِيَّةِ ، ثم الغُلامُ يُجْبَرُ إذا[12] كان صغيرًا ، فكذا هذه ، والأخبارُ محمولةٌ على الكبيرةِ ، فإنَّه جَعَلَها أَحَقَّ بنَفْسِها[13] من وَلِيِّها ، والصغيرةُ لا حَقَّ لها . ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ ثالثٌ ، وهو أنَّ ابنةَ تِسْعِ سِنِينَ[13] يُزَوِّجُها وَلِيُّها بإذْنِها ، ومَن دُونَ ذلك ، على ما ذَكَرْنا من الخِلافِ ؛ لما ذكرنا فى البِكْرِ . واللهُ أعلم .

۱۱۲۲ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذْنُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ ، وإذْنُ الْبِكْرِ الصُّمَاتُ)

أمَّا الثَّيِّبُ ، فلا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خِلافًا فى أنَّ إذْنَها الكلامُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ اللسانَ

(۸) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .

(۹) أخرج الثانى أبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ .

(۱۰ ـ ۱۰) فى ا ، ب ، م : « وفيها » .

(۱۱) فى م : « واختاره » .

(۱۲) فى م : « إن » .

(۱۳) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

هو المُعَبِّرُ عما فى القَلْبِ ، وهو المُعْتَبَرُ فى كلِّ موضعٍ يُعْتَبَرُ فيه الإِذْنُ ، غيرَ أشياءَ يَسيرَةٍ أُقِيمَ فيها الصَّمْتُ مُقامَه لعارِضٍ . وأمَّا البِكْرُ فإِذْنُها صُماتُها ، فى قولِ عامَّةِ[1] أهلِ العلمِ ، منهم ؛ شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وإسْحاقُ[2] ، والنَّخَعِىُّ[3] ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ . ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الوَلِىِّ أبًا أو غيرَه . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : فى صَمْتِها فى حَقِّ غيرِ الأبِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يكونُ إذْنًا ؛ [4]لأنَّ الصُّماتَ عَدَمُ الإِذْنِ ، فلا يكونُ إذْنًا[4] ، ولأنَّه مُحْتَمِلٌ للرِّضَى[5] والحياءِ وغيرِهما ، فلا يكونُ إذْنًا ، كما فى حَقِّ الثَّيِّبِ ، وإنَّما اكْتُفِىَ به فى حقِّ الأبِ ، لأنَّ رِضاءَها غيرُ مُعْتَبَرٍ . وهذا شُذُوذٌ عن أهلِ العلمِ ، وتَرْكٌ للسُّنَّةِ الصَّحيحةِ الصَّرِيحةِ ، يُصانُ الشافعىُّ عن إضافَتِه إليه ، وجَعْلِه مَذْهبًا له ، مع كَوْنِه مِنْ أتْبَعِ النَّاسِ لِسُنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا يُعَرِّجُ مُنْصِفٌ على هذا القولِ ، وقد تَقَدَّمَتْ رِوايَتُنا عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا[6] : يا رسولَ / اللهِ ، فكيف إذْنُها؟ قال: «أنْ تَسْكُتَ »[7] . وفى روايةٍ عن عائشةَ ، أنَّها قالتْ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ البِكْرَ تَسْتَحِى . قال : « رِضَاهَا صُمَاتُها »[8] . مُتَّفَقٌ عليه[9] . وفى روايةٍ : « واليَتِيمةُ تُسْتَأْمَرُ ، فصَمْتُها إقْرارُها » . رواه النَّسائِىُّ . وفى روايةٍ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِى نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إذْنُهَا »[10] . وهذا صريحٌ فى غير

٢١/٧ظ

---

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : ا .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥) فى ا ، ب ، م : « الرضى » .

(٦) فى ا ، ب ، م : « فقال » .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .

(٨) فى الأصل ، ا ، ب : « صمتها » .

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٥ .

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٣ .

ذاتِ الأبِ . وروَى الأثرمُ ، عن عَدِىٍّ الكِنْدِىِّ ، عن رسولِ الله ﷺ ، أنَّه قال : « الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا ، والْبِكْرُ رِضَاها صَمْتُها[11] »[12] . والأخبارُ فى هذا كثيرةٌ . ولأنَّ الحَياءَ عُقْلةٌ على لِسَانِها ، يَمْنَعُها النُّطْقَ بالإذْنِ ، ولا تَسْتَحِى من إبائِها وامْتِناعِها ، فإذا سَكَتَتْ غَلَبَ على الظَّنِّ أنَّه لرِضَاها ، فاكْتُفِىَ به . وما ذكَرُوه[13] يُفْضِى إلى[13] أن لا يكونَ صُماتُها[14] إذْنًا فى حَقِّ الأبِ أيضا ؛ لأنَّهم جَعَلُوا وُجودَه كعَدَمِه ، فيكونُ إذًا رَدًّا على النبىِّ ﷺ بالكُلِّيَّةِ ، واطِّراحًا للأخبارِ الصَّرِيحةِ الجَلِيَّةِ[15] ، وخَرْقًا لإجماعِ الأُمَّةِ الْمَرْضِيَّةِ .

فصل : فإن نَطَقَتْ بالإذْنِ ، فهو أبْلَغُ وأتَمُّ فى الإذْنِ من صَمْتِها ، وإن بَكَتْ أو ضَحِكَتْ ، فهو بمَنْزِلةِ سُكُوتِها . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : إن بَكَتْ فليس بإذْنٍ ؛ لأنَّه يَدُلُّ على الكَراهةِ[16] ، وليس بصَمْتٍ ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ الحديثِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو بكرٍ بإسْنادِه ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ ، فَإنْ بَكَتْ أو سَكَتَتْ فَهُوَ رِضَاهَا ، وإنْ أَبَتْ فَلَا جَوازَ عَلَيْها »[17] . ولأنَّها غيرُ[18] ناطِقةٍ بالامْتناعِ مع سَماعِها للاسْتِئذانِ ، فكان إذْنًا منها كالصُّماتِ أو الضَّحِكِ[19] . والبُكاءُ يَدُلُّ على فَرْطِ الحَياءِ ، لا على الكَراهةِ ، ولو كَرِهَتْ لَامْتَنعتْ ، فإنَّها لا تَسْتَحِى

---

(11) فى الأصل ، م : « صماتها » .

(12) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 602 . والبيهقى ، فى : باب إذن البكر الصمت ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 123 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 192 .

(13-13) فى الأصل : « يقتضى » .

(14) فى ا ، ب : « صمتها » .

(15) فى م : « الجليلة » .

(16) فى ا ، م : « الكراهية » .

(17) تقدم تخريجه فى صفحة 403 .

(18) سقط من : م .

(19) فى م : « والضحك » .

من الامْتناعِ ، والحديثُ يَدُلُّ بصَرِيحِهِ[٢٠] على أنَّ هذا[٢١] الصَّمْتَ إذْنٌ ، وبمَعْناه على ما في مَعْناه من الضَّحِكِ والبُكاءِ ، وكذلكَ أقَمْنا الضَّحِكَ مُقامَه .

فصل : والثَّيِّبُ المُعْتَبرُ نُطْقُها ، هي المَوْطُوءةُ في القُبُلِ ، سواءٌ كان الوَطْءُ حلالًا أو حَرامًا . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، في المُصابةِ بالفُجُورِ : حُكْمُها حكمُ البِكْرِ في إذْنِها وتَزْويجِها ؛ لأنَّ عِلَّةَ الاكْتِفاءِ بصُماتِ البِكْرِ الحياءُ ، والحياءُ من الشيءِ لا يَزُولُ إلَّا بمباشَرَتِه ، وهذه لم تُباشِرْ الإذْنَ[٢٢] في النِّكاحِ ، فيَبْقَى[٢٣] حياؤُها منه بحالِه . ولَنا ، قولُه ﷺ : « الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِها »[٢٤] . ولأنَّ قولَه ﷺ : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ ، وإذْنُها أنْ تَسْكُتَ »[٢٥] . يَدُلُّ على أنَّه لابُدَّ / من نُطْقِ الثَّيِّبِ ؛ لأنَّه قَسَمَ النِّساءَ قِسْمَيْنِ ، فجَعَلَ السُّكوتَ إذْنًا لأحدِهما ، فوَجَبَ أن يكونَ الآخَرُ بخِلافِه[٢٦] وهذه ثَيِّبٌ ، فإنَّ الثَّيِّبَ هي[٢٧] المَوْطُوءةُ في القُبُلِ ، وهذه كذلكَ . ولأنَّه لو أوْصَى لِثَيِّبِ النِّساءِ دَخَلت في الوَصِيَّةِ ، ولو أوْصَى للأبْكارِ لم تَدْخُلْ ، ولو اشْترطَها في التَّزويجِ أو الشِّراءِ بِكْرًا فوَجَدَها مُصابةً بالزِّنا ، مَلَكَ الفَسْخَ ، ولأنَّها مَوْطوءةٌ في القُبُلِ ، فأشْبَهتِ المَوْطُوءةَ بشُبْهةٍ ، والتعليلُ بالحياءِ غيرُ صحيحٍ ، فإنَّه أمْرٌ خَفِيٌّ لا يُمْكِنُ اعتبارُهُ بنَفْسِه ، وإنَّما يُعْتَبَرُ بمَظِنَّتِه ، وهي البَكارةُ ، ثم هذا التَّعْليلُ يُفْضِي إلى إبْطالِ مَنْطوقِ الحديثِ ، فيكونُ باطلًا في نَفْسِه ، ولا فَرْقَ بين المُكْرَهةِ والمُطاوِعةِ ، وعلى هذا ليس لأبِيها[٢٨] إجبارُها إذا كانت

٢٢/٧ و

(٢٠) في الأصل : « بتصريحه » .

(٢١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٢) في م : « بالإذن » .

(٢٣) في الأصل : « فبقي » .

(٢٤) في ا زيادة : « وهذه ثيب » .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٩ .

(٢٦) في م : « بحاله » .

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في م : « لنا » .

بالغةً ، وفى تزويجِها إن كانت صغيرةً وجهان . وقولُهم : إنَّها لم تُباشِرِ الإذْنَ . قُلْنا : يَبْطُلُ بالمَوْطوءةِ بشُبْهةٍ ، أو فى مِلْكِ يَمينٍ ، والمُزَوَّجةِ وهى صغيرةٌ .

فصل : وإن ذَهَبت عُذْرَتُها بغيرِ جماعٍ ، كالوَثْبةِ ، أو شِدَّةِ حَيْضةٍ ، أو بإصْبَعٍ أو عُودٍ أو نحوِه[٢٩] ، فحُكْمُها حكمُ الأبكارِ . ذكره ابنُ حامدٍ ؛ لأنَّها لم تَخْتَبِرِ المقصودَ ، ولا وُجِدَ وَطْؤُها فى القُبُلِ ، فأشْبهتْ مَنْ لم تَزُلْ عُذْرَتُها . ولو وُطِئَتْ فى الدُّبُرِ لم تَصِرْ ثَيِّبًا ، ولا حُكْمُها حُكْمُهنَّ ؛ لأنَّها غيرُ مَوْطُوءةٍ فى القُبُلِ .

فصل : إذا اخْتَلَفَ الزَّوْجُ والمرأةُ فى إذْنِها لِوَلِيِّها[٣٠] فى تَزْوِيجِها قبلَ الدُّخولِ ، فالقولُ قولُها ، فى قولِ أكثرِ الفقهاءِ . وقال زُفَرُ فى الثَّيِّبِ كقولِ أهلِ العلمِ ، وفى البِكْرِ : القولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الأصلَ السُّكوتُ ، والكلامُ حادِثٌ والزَّوْجُ[٣١] يَدَّعِي الأصلَ ، فالقولُ قولُه . ولَنا ، أنَّها مُنْكِرةٌ الإذنَ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ، ولأنَّه يَدَّعِي أنَّها اسْتُؤْذِنَتْ وسَمِعَتْ فصَمَتتْ ، والأصلُ عدمُ ذلك ، وهذا جوابٌ عن[٣٢] قولِه [٣٣]إنَّ الأصلَ معه[٣٣] . وإن اخْتلفَا بعدَ الدُّخولِ ، فقال القاضى : القولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ التَّمْكينَ من الوَطْءِ دليلٌ على الإذْنِ وصِحَّةِ النكاحِ ، فكان الظاهرُ معه . وهل تُسْتَحْلَفُ المرأةُ إذا قُلْنا : القولُ قولُها ؟ قال القاضى : قياسُ المَذْهبِ أنَّه لا يَمِينَ عليها ، كما لو ادَّعَى زَوْجِيَّتَها[٣٤] فأنْكَرَتْه . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ : تُسْتَحْلَفُ . فإن نَكَلَتْ ، فقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَثْبُتُ النِّكاحُ . وقال الشافعيُّ : يُسْتَحْلَفُ الزَّوْجُ ، ويَثْبُتُ النِّكاحُ . ولَنا ، أنَّه اختلافٌ فى زَوْجِيَّةٍ ، فلا يَثْبُتُ بالنُّكولِ ، ولا يَحْلِفُ المُدَّعِي معه ، كما لو ادَّعَى الزَّوْجُ أصْلَ التَّزْويجِ فأنكرَتْه / ، فإن ٢٢/٧ظ

---

(٢٩) فى م : « ونحوه » .

(٣٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣١) فى الأصل ، ا ، م : « فالزوج » .

(٣٢) فى م : « على » .

(٣٣–٣٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٤) فى م : « أنه زوجها » .

كانت المرأةُ ادَّعَتْ أنَّها أَذِنَتْ فأنكَرَ وَرَثَةُ الزَّوْجِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّه اخْتلافٌ فى أمرٍ يَخْتَصُّ[٣٥] بها ، صادرٌ من جِهَتِها ، فالقولُ قَوْلُها فيه ، كما لو اخْتَلَفُوا فى نِيَّتِها فيما تُعْتَبَرُ فيه نِيَّتُها ، ولأنَّها تَدَّعِى صِحَّةَ العَقْدِ ، وهم يَدَّعُونَ فَسادَه ، فالظَّاهِرُ معها .

فصل : فى المَجْنُونةِ ، إن كانت مِمَّنْ تُجْبَرُ لو كانت عاقلةً ، جاز تَزْوِيجُها لمن يَمْلِكُ إجْبارَها ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ إجْبارَها مع عَقْلِها وامْتِناعِها ، فمع عَدَمِه أَوْلَى . وإن كانت ممَّن لا يُجْبَرُ ، انْقَسمتْ ثلاثةَ أقسامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ وَلِيُّها الأبَ أو وَصِيَّه ، كالثَّيِّبِ الكبيرةِ ، فهذه يجوزُ لوَلِيِّها تَزْوِيجُها . ذكره القاضى . وهو ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه جَعَلَ للأبِ تزويجَ المَعْتُوهِ ، فالمرأةُ أَوْلَى . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ . ومَنَعَ منه أبو بكرٍ ؛ لأنَّها وِلايةُ إجْبارٍ ، وليس على الثَّيِّبِ وِلايةُ إجبارٍ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ فإنَّ وِلايةَ الإجْبارِ إنَّما انْتَفَتْ عن العاقلةِ لرَأْيِها ، لحُصُولِ[٣٦] المباشَرةِ منها[٣٧] والخِبْرةِ ، وهذه بخلافِ ذلك . وكذلك الحكمُ فى الثَّيِّبِ الصغيرةِ ، إذا قُلْنا بعَدَمِ الإجبارِ فى حَقِّها ، إذا كانت عاقلةً . القسم الثانى ، أن يكونَ وَلِيُّها الحاكمَ ، ففيها وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له تَزْوِيجُها بحالٍ ؛ لأنَّ هذه وِلايةُ إجْبارٍ ، فلا تَثْبُتُ لغيرِ الأبِ ، كحالِ[٣٨] عَقْلِها . والثانى ، له تزويجُها إذا ظَهَرَ منها شَهْوةُ الرِّجالِ ، كبيرةً كانتْ أو صغيرةً . وهو اختيارُ ابن حامدٍ ، وأبى الخَطَّابِ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ بها حاجةً إليه لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوةِ عنها ، وصِيانَتِها عن الفُجُورِ ، وتَحْصِيلِ المَهْرِ والنَّفَقةِ ، والعَفافِ ، وصِيَانةِ العِرْضِ ، ولا سَبِيلَ إلى إذْنِها ، فأُبِيحَ تَزْوِيجُها ، كالثَّيِّبِ مع أبيها . وكذلك ينبغِى أن يَمْلِكَ تَزْوِيجَها إن قال أهلُ الطِّبِّ : إن عِلَّتَها تَزُولُ بتَزْوِيجِها[٣٩] ؛ لأنَّ ذلك من أعْظَمِ مصالِحِها . وقال الشافعىُّ : لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ صغيرةٍ بحالٍ ، ويملكُ تَزْوِيجَ الكبيرةِ إذا قال أَهْلُ الطِّبِّ إنَّ عِلَّتَها تزولُ بتَزْوِيجِها[٣٩] . ولَنا ، أنَّ المَعْنَى المُبِيحَ للتَّزْوِيجِ وُجِدَ فى حَقِّ

---

(٣٥) فى الأصل : « يختص » .

(٣٦) فى الأصل : « بحصول » .

(٣٧) فى ا : « فيها » .

(٣٨) فى م : « كحل » .

(٣٩) فى م : « بتزوجها » .

الصغيرةِ ، فأُبيحَ تَزْوِيجُها ، كالكبيرةِ إذا ظهرتْ منها شهوةُ الرِّجالِ ، ففى تَزْوِيجها مَصْلَحَتُها ودَفْعُ حاجَتِها ، فأشْبَهَ ما لو قال أهلُ الطبِّ إنَّه يُزِيلُ عِلَّتَها . وتُعْرَفُ شَهْوَتُها من كَلَامِها ، وقَرائِنِ أحْوالِها ، كتَتَبُّعِها للرِّجالِ ، ومَيْلِها إليهم ، وأشْباهِ ذلك . القسم الثالث ، مَنْ وَلِيُّها غيرُ الأبِ والحاكمِ . فقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلَّا[40] الحاكمُ ، فيكونُ حُكْمُها حُكْمَ القِسْمِ الثانى ، على / ما بَيَّنّاه . وقال أبو الخَطَّابِ : لهم تَزْوِيجُها فى الحالِ التى يَمْلِكُ الحاكمُ تزويجَ مُوَلِّيَتِه فيها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ وِلايَتَهُم مُقَدَّمةٌ[41] على ولايةِ الحاكمِ ، فقُدِّمُوا عليه فى التَّزويجِ ، كما لو كانت عاقلةً . ووَجْهُ قولِ القاضى ، أنَّ الحاكمَ هو النَّاظِرُ لها فى مالِها دُونَهم ، فيكونُ وَلِيًّا دُونَهم ، كتَزْوِيجِ أَمَتِها ، ولأنَّ هذا دَفْعُ حاجةٍ ظاهرةٍ ، فكانت إلى الحاكمِ ، كدَفْعِ حاجةِ الجُوعِ والعُرْىِ . فإن كان لها وَصِىٌّ فى مالِها ، لم يَمْلِكْ[42] تَزْوِيجَها ؛ لأنَّه لا وِلايةَ له فى نِكاحِها . والحكمُ فى تزويجِها حكمُ مَنْ وَلِيُّها غيرُ الأبِ والحاكمِ ، على ما ذكَرْنا .

٢٣/٧و

١١٢٣ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ بِدُونِ صَدَاقِ مِثْلِهَا ، ثَبَتَ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى . وإنْ فَعَلَ ذٰلِكَ غَيْرُ الْأَبِ ثَبَتَ النِّكَاحُ ، وكَانَ لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّ للأبِ تَزْوِيجَ ابْنَتِه بدُونِ صَداقِ مِثْلِها ، بكرًا كانت أو ثَيِّبًا ، صغيرةً كانت أو كبيرةً . وبهذا قال أبو حنيفةَ[1] ، ومالكٌ . وقال الشافعىُّ : ليس له ذلك ، فإن فعَل فلَها مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوضةٍ فلم يَجُزْ أن يَنْقُصَ فيه عن قِيمةِ المُعَوَّضِ[2] كالبَيْعِ ، ولأنَّه تَفْرِيطٌ فى مالِها ، وليس له ذلك . ولَنا ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، خَطَبَ

---

(٤٠) فى م : « غير » .

(٤١) فى ب : « متقدمة » .

(٤٢) فى م : « يتملك » .

(١) فى ب ، م : « أبو الخطاب » .

(٢) فى الأصل : « العوض » .

النَّاسَ فقال : أَلَا لَا تُغَالُوا فى صَدَاقِ النِّساءِ ، فما أَصْدَقَ رسولُ اللهِ ﷺ أحدًا من نِسائِه ، ولا أحدًا من بَناتِه ، أكثرَ من اثْنَتَى عشرَةَ أُوقِيَّةً[3] . وكان ذلك بمَحْضرٍ من الصَّحابةِ ، ولم يُنْكِرُوه ، فكان اتِّفاقًا منهم على أنَّ له أن يُزَوِّجَ بذلك وإن كان دونَ صَداقِ المِثْلِ . وزَوَّجَ سعيدُ بن المُسَيَّبِ ابْنَتَه بِدِرْهَمَيْنِ ، وهو من ساداتِ قُرَيْشٍ ، شَرَفًا وعِلْمًا ودِينًا ، ومن المَعْلومِ أنَّه لم يكُنْ مَهْرَ مِثْلِها ، ولأنَّه ليس المقصودُ من النِّكاحِ العِوَضَ ، وإنَّما المقصودُ السَّكَنُ والازْدِواجُ ، ووَضْعُ المرأةِ فى مَنْصِبٍ عندَ مَنْ يَكْفُلُها[4] ، ويُصُونُها ، ويُحْسِنُ عِشْرَتَها ، والظاهرُ من الأبِ ، مع تَمامِ شَفَقَتِه ، وبُلُوغِ نَظَرِه[5] ، أنَّه لا يَنْقُصُها من صَدَاقِها إلَّا لِتَحْصِيلِ المعانِى المَقْصُودةِ بالنِّكاحِ ، فلا يَنْبَغِى أن يُمْنَعَ من تَحْصِيلِ المقْصودِ بتَفْوِيتِ غيرِه ، ويُفارِقُ سائرَ عُقُودِ المُعاوَضاتِ ، فإنَّ المقصودَ فيها العِوَضُ ، فلم يَجُزْ تَفْوِيتُه ، فأمَّا غيرُ الأبِ ، فليس له أن يَنْقُصَها من مَهرِ مِثْلِها ، فإن زَوَّجَ بدون ذلك ، صَحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّ فَسادَ التَّسْمِيةِ وعَدَمَها[6] لا يُؤَثِّرُ فى النِّكاحِ ، ويكونُ لها مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّه قِيمَةُ بُضْعِها ، وليس للوَلِىِّ نَقْصُها منه ، فرَجَعَتْ إلى مهرِ المِثْلِ[7] . واللهُ أعلم .

٢٣/٧ ظ **فصل** : وتَمامُ المَهْرِ على الزَّوْجِ ؛ لأنَّ التَّسْمِيَةَ / هٰهُنا فاسدةٌ ؛ لكَوْنِها غيرَ مَأْذُونٍ فيها شَرْعًا ، فوَجَبَ على الزَّوْجِ مَهْرُ المِثْلِ ، كما لو زَوَّجَها بمَحْرَمٍ . وعلى الوَلِىِّ ضَمانُه ؛ لأنَّه المُفَرِّطُ ، فكان عليه الضَّمانُ ، كما لو باع مالَها بدون ثَمَنِ مِثْلِه . قال

---

(3) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٧ . والدارمى ، فى : باب كم كانت مهور أزواج النبى ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ .

(4) فى م : « يكفيها » .

(5) فى م : « نظرته » .

(6) فى الأصل : « وعدتها » .

(7) فى م : « مثلها » .

أحمدُ : أخافُ أن يكونَ ضامِنًا . وليس الأبُ مثلَ الوَلِىِّ ، ولا تَمْلِكُ المرأةُ الفَسْخَ ؛ لأنَّه قد حَصَلَ لها وُجُوبُ مَهْرِ مِثْلِها . واللهُ أعلم .

١١٢٤ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ زَوَّجَ غُلَامًا غَيْرَ بَالِغٍ ، أو مَعْتُوهًا ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يُزَوِّجَهُ وَالِدُهُ ، أَوْ وَصِيٌّ نَاظِرٌ لَهُ فِى التَّزْوِيجِ**)

الكلام فى هذه المسألة فى فصولٍ أربعة :

أحدها : أنَّه ليس لغيرِ الأبِ أو وَصِيِّه تزويجُ الغلامِ قبلَ بُلُوغِه . وقال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » : للحاكمِ تَزْويجُه ؛ لأنَّه يَلِى مالَه . وقال الشافعىُّ : يَمْلِكُ وَلِىُّ الصَّبِىِّ تَزْويجَه ، لِيَأْلَفَ حِفْظَ فَرْجِه عند بُلُوغِه . وليس بسَدِيدٍ ؛ فإنَّ غيرَ الأبِ لا[1] يَمْلِكُ تَزْويجَ الجاريةِ الصغيرةِ ، فالغلامُ أَوْلَى . وفارَقَ الأبَ ووَصِيَّه ؛ فإنَّ لهما تَزْويجَ الصغيرةِ ، ووِلايةَ الإِجْبارِ . وسواءٌ أَذِنَ الغُلامُ[2] فى تزويجِه أو لم يَأْذَنْ ، فإنَّه لا إذْنَ له .

الفصل الثانى : أنَّ[3] المَعْتُوهَ ؛ وهو الزائلُ العَقْلِ بجُنُونٍ مُطْبِقٍ ، ليس لغيرِ الأبِ وَوَصِيِّه تَزْويجُه . وهذا قولُ مالكٍ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامدٍ : للحاكمِ تَزْويجُه إذا ظَهَرَ منه شَهْوَةُ النِّساءِ ، بأن يَتْبَعَهُنَّ ويُرِيدَهُنَّ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ ذلك من مَصالحِه ، وليس له حالٌ يُنْتَظرُ فيها إذْنُه . وقد ذَكَرْنا تَوْجِيهَ الوَجْهينِ فى تَزْويجِ المَجْنونةِ . وينبغى على هذا القولِ أن يَجُوزَ تَزْويجُه إذا قال أهلُ الطبِّ : إنَّ فى تَزْويجِه ذَهابَ عِلَّتِه . لأنَّه من أعْظَمِ مَصالحِه . واللهُ أعلمُ .

الفصل الثالث : أنَّ للأبِ أو وَصِيِّه تزويجَهُما ، سواءٌ كان الغلامُ عاقلًا أو مجنونًا ، وسواءٌ كان الجُنُونُ مُسْتَدامًا أو طارِقًا ، فأمَّا الغلامُ السليمُ من الجُنُونِ ، فلا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خلافًا فى أنَّ لأَبِيه تَزْويجَه ، كذلك قال ابنُ المُنْذِرِ . وممَّن هذا مَذْهَبُه الحسنُ ،

---

(١) فى ب : « لم » .
(٢) فى ا ، ب : « الحاكم » .
(٣) فى م : « فى » .

والزُّهْرِىُّ، وقَتادةُ ، ومالكٌ، والثَّوْرِىُّ، والأَوْزاعِىُّ، وإسحاقُ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لما رُوِىَ أنَّ ابنَ عمرَ زَوَّجَ ابْنَه وهو صغيرٌ ، فاخْتَصَما[4] إلى زَيْدٍ ، فأجازاه[5] جميعًا . روَاه الأثرمُ بإسْنادِه[6] . وأمَّا الغلامُ المَعْتُوهُ ، فلأَبِيه تَزْوِيجُه . وقال الشافعىُّ : لا يجوزُ ؛ لأنَّه يُلْزِمُه بالتَّزْويجِ[7] حُقُوقًا من المَهْرِ والنَّفَقةِ ، مع عَدَمِ حاجَتِه ، فلم يَجُزْ له ذلك ، كغيرِه من الأَوْلياءِ . ولَنا ، أنَّه غيرُ بالغٍ ، فمَلَكَ أبوه تَزْوِيجَه ، كالعاقلِ ، ولأنَّه إذا جازَ[8] تَزْويجُ العاقلِ / ، مع أنَّ له عندَ[9] احْتياجِه إلى التَّزْويجِ رأْيًا ونَظَرًا لنَفْسِه ، فلأَنْ يَجُوزَ تَزْويجُ مَن لا يُتَوَقَّع فيه ذلك أَوْلَى . وفارقَ غيرَ الأبِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ تَزْويجَ العاقلِ .

٧/٢٤و

وأمَّا البالغُ المَعْتوهُ ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ ، أنَّ للأبِ تَزْوِيجَه مع ظُهورِ أماراتِ الشَّهوةِ وعَدَمِها . وقال القاضى : إنَّما يجوزُ تَزْوِيجُه إذا ظَهَرتْ منه أماراتُ الشهوةِ باتِّباعِ النِّساءِ ونحوِه . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ فى تَزْوِيجِه مع عَدَمِ حاجَتِه إضرارًا به ، بإلْزامِه حُقُوقًا لا مَصْلحةَ له فى الْتِزامِها . وقال أبو بكرٍ : ليس للأبِ تَزْوِيجُه بحالٍ ؛ لأنَّه رَجُلٌ ، فلم يَجُزْ إجبارُه على النِّكاحِ كالعاقلِ . وقال زُفَرُ : إن طَرَأَ عليه الجنونُ بعدَ البلوغِ ، لم يَجُزْ تَزْويجُه ، وإن كان مُسْتَدامًا ، جازَ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، فجاز لأَبِيه تَزْوِيجُه كالصغيرِ ، فإنَّه إذا جاز تَزْوِيجُ الصغيرِ ، مع عَدَمِ حاجَتِه فى الحالِ ، وتَوَقُّعِ نَظَرِه عندَ الحاجةِ ، فههُنا أَوْلَى . ولَنا ، على التَّسْوِيَةِ بين الطَّارِئِ والمُسْتَدامِ ، أنَّه مَعْنًى يُثْبِتُ الوِلايَةَ ، فاسْتَوَى طارِئُه ومُسْتَدامُه ، كالرِّقِّ ، ولأنَّه جُنونٌ يُثْبِتُ الوِلايَةَ على مالِه ، فأَثْبَتَها عليه فى نِكاحِه[10] ، كالمُسْتَدامِ . فأمَّا اعْتِبارُ الحاجةِ ، فلابُدَّ منها ، فإنَّه لا يجوزُ لوَلِيِّه

---

(٤) فى الأصل ، ا ، ب : « فاختصموا » .

(٥) فى ب : « فأجاز له » .

(٦) أخرجه مختصرا البيهقى ، فى : باب الأب يزوج ابنه الصغير ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٣ .

(٧) فى ب ، م : « التزويج » .

(٨) فى م : « ملك » .

(٩) فى الأصل ، م : « مع » .

(١٠) فى م : « النكاح » .

تَزْوِيجُه ، إلَّا إذا رأَى المصلحةَ فيه ، غيرَ أنَّ الحاجةَ لا تَنْحَصِرُ فى قَضاءِ الشَّهوةِ ، فقد تكونُ حاجَتُه إلى الإيواءِ والحِفْظِ ، وربَّما كان دَواءً له ، ويُتَرَجَّى به شفاؤُه ، فجاز التَّزويجُ له ، كقَضاءِ الشَّهْوةِ . واللهُ أعلم .

فصل : ومن يُخْنَقُ[11] فى الأحْيانِ ، لا يجوزُ تَزْوِيجُه إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّ ذلك مُمْكِنٌ ، ومَن أمْكَنَ أن يَتَزَوَّجَ لنَفْسِه ، لم تَثْبُت الولايةُ عليه كالعاقِلِ . ولو زال عَقْلُه بِبِرْسامٍ أو مَرَضٍ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، فهو كالعاقِلِ ، فإنَّ ذلك لا يُثْبِتُ الولايةَ على مالِه ، فعلى نَفْسِه أوْلَى . وإن لم يُرْجَ زَوالُه ، فهو داخلٌ فيما ذكَرْناه .

الفصل الرابع : أنَّ[12] وَصِىَّ الأبِ فى النِّكاحِ بمَنْزِلَتِه ، على ما ذكَرْنا فى ثُبوتِ الولايةِ للوَصِىِّ على المرأةِ . وفى هذا من الخلافِ مثلُ ما فيه ، وإنَّما يَثْبُتُ ذلك لوَصِىِّ الأبِ فى التَّزويجِ خاصَّةً ، فإن كان وَصِيًّا فى المالِ ، لم تَكُنْ له ولايةٌ فى التَّزويجِ ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَفيدُ التَّصرُّفَ[13] بالوَصِيَّةِ ، فلا يَمْلِكُ مالم يُوصَ به إليه ، ووَصِىُّ غيرِ الأبِ ، لا وِلايةَ له على صَبِىٍّ ولا[14] مَجْنونٍ ؛ لأنَّ المُوصِى لا يَمْلِكُ ذلك ، فوَصِيُّه أوْلَى .

فصل : وإذا تَزَوَّجَ لصغيرٍ أو مجنونٍ ، فإنَّه يَقْبَلُ لهما النِّكاحَ ، ولا يجوزُ أن يَأْذَنَ لهما فى قَبُولِه ؛ لأنَّهما ليسا / من أهلِ التَّصرُّفِ . وإن كان الغلامُ ابنَ عَشْرٍ ، وهو مُمَيِّزٌ ، فقياسُ المذهبِ جوازُ تَفْويضِ القَبُولِ إليه ، حتى يَتَوَلَّاهُ لنَفْسِه ، كما يُفَوِّضُ أمْرَ البَيْعِ إليه ، ولأنَّه يَمْلِكُ إيقاعَ الطَّلاقِ بنَفْسِه . وإن تَزَوَّجَ له الوَلِىُّ جاز ، كما يجوزُ أن يَبْتاعَ له ، وهذا على الرِّوايةِ التى تقولُ بصِحَّةِ بَيْعِه ، ووُقُوعِ طَلَاقِه . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ ذلك منه . فهذا أوْلَى .

٢٤/٧ ظ

---

(١١) الخُناق ، بالضم : داء يمتنع معه نفوذ النفَس إلى الرئة والقلب . وفى الشرح الكبير : « يجن » .

(١٢) سقط من : ا ، ب .

(١٣) فى م : « بالتصرف » .

(١٤) فى م : « أو » .

فصل : وذكَر القاضى أنَّه لا يجوزُ أن يَتزَوَّجَ لهما بزيادةٍ على مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه مُعاوَضةٌ فى حَقِّ الغيرِ ، فلم تَجُزِ الزِّيادةُ فيها على عِوَضِ المِثْلِ ، كَبَيْعِ مالِه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقد ذكَرْنا أنَّ للأبِ تَزْويجَ ابْنَتِه بدُونِ صَداقِ مِثْلِها ، فهذا مثلُه ، فإنَّه قد يَرَى المصلحةَ فى ذلك ، فجاز له بَذْلُ المالِ فيه ، كما يجوزُ فى مُداوَاتِه[١٥] ، بل الجوازُ هـٰهُنا أَوْلَى ؛ فإنَّ الغالِبَ أنَّ المرأةَ لا تَرْضَى بتَزْويجِ مَجْنونٍ ، إلَّا أن تُرَغَّبَ بزيادةٍ على مَهْرِ مِثْلِها ، فيتَعذَّرُ الوُصولُ إليه بدُونِ ذلك ، بخلافِ المرأةِ . وذكَر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » ، أنَّ قياسَ المذهبِ أنَّه لا يُزَوِّجُه بأكثرَ من امرأةٍ واحدةٍ ؛ لعدَمِ حاجَتِه إلى زيادةٍ عليها ، فيكونُ بَذْلًا لمالِه فيما لا حاجةَ به إليه . وذكَر فى « الجامع » ، أنَّ له تَزْويجَ ابْنِه الصغيرِ بأرْبَعٍ ؛ لأنَّه قد يَرَى المصلحةَ فيه ، وليس له تَزْويجُه بمَعِيبةٍ عَيْبًا يُرَدُّ به فى النِّكاحِ ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا به[١٦] وتَفْويتًا لمالِه[١٦] فيما لا مصلحةَ له فيه ، فإن فَعَلَ ، خُرِّجَ فى صِحَّةِ النِّكاحِ وَجْهان . فإن قُلْنا : يَصِحُّ . فهل للوَلِىِّ الفَسْخُ فى الحالِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، مَضَى توجيهُهما فى تَزْويجِ الصغيرةِ بمَعِيبٍ . ومتى لم يَفْسَخْ حتى بَلَغَ الصبىُّ ، أو عَقَلَ المجنونُ ، فلهما الفَسْخُ ، وليس له تَزْويجُه بأَمَةٍ ؛ لأنَّ إباحَتَها مَشْروطةٌ بخَوْفِ العَنَتِ ، وهو مَعْدومٌ فى حَقِّ الصَّبِىِّ ، غيرُ مَعْدُومٍ[١٧] فى المجنونِ .

فصل : وإذا زَوَّجَ ابنَه ، تَعَلَّقَ الصَّداقُ بذِمَّةِ الابْنِ ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ؛ لأنَّه عَقْدٌ للابنِ ، فكان عليه بَذْلُه ، كثَمَنِ المَبِيعِ . وهل يَضْمَنُه الأبُ ؟ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، يَضْمَنُه . نَصَّ عليه ، فقال : تَزْويجُ الأبِ لابْنِه الطِّفْلِ جائزٌ ، ويَضْمَنُ الأبُ المَهْرَ ؛ لأنَّه الْتَزَمَ العِوَضَ عنه ، فضَمِنَه ، كما لو نَطَقَ بالضَّمانِ . والأخرى ، لا يَضْمَنُه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، نابَ فيه عن غيرِه ، فلم يَضْمَنْ عِوَضَه ، كثَمَنِ مَبِيعِه ، أو كالوَكِيلِ . قال القاضى : هذا أصَحُّ . وقال : إنما الرِّوايتانِ فيما إذا كان الابْنُ[١٨]

---

(١٥) فى م : « مدواته » .

(١٦ – ١٦) فى الأصل ، ا : « وتفويت ماله » .

(١٧) فى الأصل ، ب : « معلوم » .

(١٨) سقط من : ا ، م .

مُعْسِرًا ، أمَّا المُوسِرُ ، فلا يَضْمَنُ الأبُ عنه رِوايةً واحدةً ، فإن طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، سَقَطَ نِصْفُ الصَّداقِ . فإن كان ذلك بعدَ دَفْعِ الأبِ الصَّداقَ عنه ، رَجَعَ نِصْفُهُ إلى الابْنِ ، وليس / للأبِ الرُّجُوعُ فيه ، بمعنى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ؛ لأنَّ الابنَ مَلَكَه بالطَّلاقِ عن غيرِ أبيه ، فأشْبَهَ مالو وَهَبَه الأبُ أجْنَبِيًّا.ثم وَهَبَه الأجنبىُّ للابْنِ[19] . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فيه ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ عن ابْنِه ، فلم يَسْتَقِرَّ المِلْكُ حتى اسْتَرْجَعه الابنُ . وكذلك الحكمُ فيما لو قَضَى الصَّداقَ عن ابْنِه الكبيرِ ، ثم طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ . وإن ارْتَدَّتْ قبلَ الدُّخولِ ، فالحكمُ فى الرُّجوعِ فى جَميعِه ، كالحكمِ فى الرُّجوعِ فى النِّصْفِ بالطَّلاقِ .

٢٥/٧و

فصل : فى المَحْجُورِ عليه للسَّفَهِ ، والكلامُ فى نِكاحِه فى ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أنَّ لوَلِيِّه تَزْوِيجَه ، إذا عَلِمَ حاجَتَه إلى النِّكاحِ ؛ لأنَّه نُصِبَ لمصالِحِه ، وهذا من مَصالِحِه ، لأنَّه يَصُونُ به دِينَه وعِرْضَه ونَفْسَه ، فإنَّه ربما تَعَرَّضَ بتَرْكِ التَّزْوِيجِ للإثْمِ بالزِّنَى ، والحَدِّ ، وهَتْكِ العِرْضِ ، وسواءٌ عَلِمَ حاجَتَهُ[20] بقَوْلِه أو بغيرِ قولِه ، وسواءٌ كانت حاجَتُه[21] إلى الاسْتِمْتاعِ[21] أو إلى الخِدْمةِ ، فيُزَوِّجُه امرأةً لتَحِلَّ له ؛ لأنَّه يحْتاجُ إلى الخَلْوةِ بها . وإن لم يكُنْ به حاجةٌ إليه ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُه ؛ لأنَّه يُلْزِمُه بالنِّكاحِ حُقوقًا ؛ من المَهْرِ ، والنفقةِ ، والعِشْرةِ ، والمَبِيتِ ، والسُّكْنَى ، فيكون تَضْيِيعًا لمالِه ونَفْسِه فى غيرِ فائدةٍ ، فلم يَجُزْ ، كتَبْذِيرِ مالِه . وإذا أراد تَزْوِيجَه[22] ، استأْذَنه فى تَزْوِيجِه ، فإن زَوَّجَه بغيرِ إذْنِه ، فقال أصحابُنا : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فمَلَكَه الوَلِىُّ فى حَقِّ المُوَلَّى عليه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه مَحْجورٌ عليه ، أشْبَهَ الصغيرَ والمَجْنونَ ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ تَزْوِيجَه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الطلاقَ ، فلم يُجْبَرْ على النِّكاحِ ، كالرَّشيدِ وكالعَبْدِ[23] الكبيرِ ؛ وذلك لأنَّ

---

(١٩) فى الأصل : « الابن » .

(٢٠) فى ب ، م : « بحاجته » .

(٢١ - ٢١) فى م : « بالاستمتاع » .

(٢٢) فى الأصل : « أن يزوجه » .

(٢٣) فى م : « والعبد » .

إجْبارَه على النِّكاحِ مع مِلْكِ الطلاقِ ، مُجَرَّدُ إضْرارٍ ، فإنَّه يُطَلِّقُ فيَلْزَمُه الصَّداقُ مع فَوَاتِ النِّكاحِ ، ولأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى امْرأةٍ ، ولا يكونُ له فى أُخْرَى ، فإذا أُجْبِرَ على مَنْ يَكْرَهُها ، لم تَحْصُلْ له المصلحةُ منها ، وفات عليه غَرَضُه من الأُخْرَى ، فيَحْصُلُ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ مُسْتَغْنًى عنه . وإنَّما جاز ذلك فى حَقِّ المجنونِ والطِّفْلِ ، لعدمِ إمكانِ الوُصولِ إلى ذلك مِن قَوْلِهما ، ولم يَتَعَذَّرْ ذلك هٰهُنا ، فوَجَبَ أن لا يُفَوَّتَ ذلك عليه ، كالرَّشِيدِ . الحال الثانى ، أنَّ للوَلِىِّ أن يَأْذَنَ له فى التَّزْوِيجِ فى الحالةِ[24] التى للوَلِىِّ تَزْويجُه فيها ، وهى حالةُ الحاجةِ ؛ لأنَّه من أهلِ النِّكاحِ ، فإنَّه عاقلٌ مُكَلَّفٌ ، ولذلك يَمْلِكُ الطَّلاقَ والخُلْعَ ، فجاز أن يُفَوَّضَ إليه ذلك ، ثم هو مُخَيَّرٌ بين أن يُعَيِّنَ له المرأةَ ، أو يَأْذَنَ له مُطْلَقًا . وقال بعضُ الشافعيةِ : يَحْتاجُ إلى التَّعْيينِ / له[25] ؛ لئَلَّا يتزوَّجَ شَرِيفةً يَكْثُرُ مَهْرُها ونَفَقَتُها ، فيَتَضَرَّرُ بذلك . ولَنا ، أنَّه أُذِنَ فى النِّكاحِ ، فجاز من غيرِ تَعْيينٍ ، كالإِذْنِ للعَبْدِ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه[26] . ولا يتزَوَّجُ إلَّا بمَهْرِ المِثْلِ ، فإن زاد على مَهْرِ المِثْلِ ، بَطَلَتِ الزِّيادةُ ؛ لأنَّها مُحاباةٌ بمالِه ، [27]وهو لا[27] يَمْلِكُها . وإن نَقَصَ عن مَهْرِ المِثْلِ ، جاز ؛ لأنَّه رِبْحٌ من غيرِ خُسْرانٍ . الحال الثالث ، إذا تزَوَّجَ بغيرِ إذْنٍ . فقال أبو بكرٍ : يصِحُّ النِّكاحُ ، أَوْمأَ إليه أحمدُ ، قال القاضى : يعنى إذا كان مُحتاجًا ، فإن عُدِمَتِ الحاجةُ لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إتلافٌ لمالِه[28] فى غيرِ فائدةٍ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن أمْكَنَه اسْتِئذانُ وَلِيِّه ، لم يَصِحَّ إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّه مَحْجورٌ عليه ، فلم يَصِحَّ منه التَّصَرُّفُ بغيرِ إذْنِه[29] ، كالعبدِ ، وإن طَلَبَ منه النكاحَ ، فأَبَى أن يُزَوِّجَه ، ففيه وَجْهان . ولَنا ، أنَّه إذا احتاجَ إلى النِّكاحِ ، فحَقُّه مُتَعَيِّنٌ فيه ، فصَحَّ اسْتِيفاؤُه بنَفْسِه ، كما لو

٢٥/٧ ظ

(٢٤) فى ا ، م : « الحال » .

(٢٥) سقط من : ب ، م .

(٢٦) فى الأصل ، ا ، ب : « ذكره » .

(٢٧-٢٧) فى م : « ولا » .

(٢٨) فى ب : « ماله » .

(٢٩) فى م : « إذن » .

اسْتَوْفَى دَيْنَه الحالَّ عندَ امْتِناعِ وَلِيِّه من اسْتيفائِه ، فأمَّا إن تزوَّجَ من غيرِ حاجةٍ ، لم يَصِحَّ ، فإن وَطِئَ الزَّوْجةَ ، فعليه مَهْرُ المِثْلِ[٣٠] ؛ لأنَّه أتْلَفَ بُضْعَها بشُبْهةٍ ، فلَزِمَه عِوَضُ ما أتْلَفَ ، كما لو أتْلَفَ مالَها .

فصل : وليس لغيرِ الأبِ تَطْلِيقُ امرأةِ المُوَلَّى عليه ، سواءٌ كان ممَّن يَمْلِكُ التَّزويجَ ، كوَصِيِّ الأبِ والحاكمِ على قولِ ابنِ حامدٍ ، أو لا يَمْلِكُه . لا نعلمُ فى هذا خلافًا . فأمَّا الأبُ إذا زَوَّجَ ابنَه الصغيرَ أو المجنونَ ، فقد قال أحمدُ ، فى رَجُلَيْنِ زَوَّجَ أحدُهما ابنَه بابْنةِ الآخَرِ ، وهما صغيران ، ثم إنَّ الأبَوَيْنِ كَرِهَا ، هل لهما أن يَفْسَخَا ؟ فقال : قد اخْتُلِفَ فى ذلك . وكأنَّه[٣١] رآه . قال أبو بكرٍ : لم يَبْلُغْنِى عن أبى عبدِ اللهِ فى هذه المسألةِ إلَّا هذه الرِّوايةُ ، فتُخَرَّجُ على قَوْلَيْنِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ عَطاءٍ ، وقَتادةَ ؛ لأنَّها وِلايةٌ يَسْتَفِيدُ بها تَمْلِيكَ البُضْعِ ، فجاز أن يَمْلِكَ بها إزالَتَه إذا لم يكُن مُتَّهَمًا ، كالحاكمِ يَمْلِكُ الطلاقَ على الصغيرِ والمجنونِ بالإعْسَارِ[٣٢] . والقولُ الثانى : لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « إنَّما الطَّلاقُ لِمَنْ أخَذَ بالسَّاقِ »[٣٣] . ولأنَّه لا يَمْلِكُ البُضْعَ ، فلا يَمْلِكُ الطَّلاقَ بنفسِه ، كوَصِيِّ الأبِ والحاكمِ ، وكالسَّيِّدِ يُزَوِّجُ عبدَه الصغيرَ ، وبهذه الأصولِ يَبْطُلُ دَلِيلُ القولِ الأوَّلِ .

فصل : وإذا ادَّعَتِ امرأةُ المجنونِ عُنَّتَه ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ؛ لأنَّها لا تَثْبُتُ إلَّا بإقْرارِ الزَّوْجِ ، ولا حُكْمَ لإقْرارِه . وإن أقَرَّ بالعُنَّةِ وهو صحيحٌ ، فضُرِبَتْ له المدةُ ثم جُنَّ ، وانْقَضَتِ المُدَّةُ / ، وطالبتِ المرأةُ بالفَسْخِ ، لم يُفْسَخْ ؛ لأنَّها إن كانت ثَيِّبًا فالقولُ قولُه ، ٢٦/٧ و وإن كانت بِكْرًا فادَّعَى مَنْعَها إيَّاهُ نَفْسَها ، أو أنَّه[٣٤] وَطِئَها فعادت عُذْرَتُها ، فله

---

(٣٠) فى ا ، ب : « مثلها » .

(٣١) فى ا ، م : « كأنه » .

(٣٢) فى م : « بالاعتبار » .

(٣٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٢ .

(٣٤) فى م : « وأنه » .

اسْتِخْلافُها . فإذا كان لا يُعَبِّرُ عن نَفْسِه ، لم يُسْتَخْلَفْ ، ولا يَثْبُتُ ما قالَتْه ، فلم يُفْسَخْ عليه .

١١٢٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ إذْنِهَا ، فَقَدْ لَزِمَها النِّكَاحُ ، كَبِيرَةً كَانَتْ أو صَغِيرَةً**)

لا نعلمُ فى هذا خِلافًا ؛ وذلك لأنَّ مَنافِعَها مَمْلوكةٌ له ، والنِّكاحُ عَقْدٌ على مَنْفَعتِها ، فأشْبَهَ عَقْدَ الإجارَةِ ، ولذلك مَلَكَ الاسْتِمتاعَ بها ، وبهذا فارَقَتِ العَبْدَ ، ولأنَّه يَنْتَفِعُ بتَزْويجِها ؛ لما يَحْصُلُ[1] له من مَهْرِها ووَلَدِها ، ويَسْقُطُ عنه من نَفَقَتِها وكُسْوَتِها ، بخلاف العَبْدِ .

فصل : والمُدَبَّرَةُ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُها بصِفَةٍ ، وأُمُّ الوَلَدِ ، كالأَمَةِ القِنِّ ، فى إجْبارِها على النِّكاحِ . وقال مالك آخِرَ أَمْرِه : ليس له تَزْويجُ أُمِّ وَلَدِه بغير إذْنِها . وكَرِهَهُ رَبِيعةُ . وللشافعىِّ فيه قَوْلان ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى رَقَبتِها ، فكذلك لا يملكُ تَزْويجَها بغيرِ إذْنِها ، كأُخْتِه . ولَنا ، أنَّها مَمْلوكَتُه[2] ، يَمْلِكُ الاستمتاعَ بها وإجارَتَها ، فمَلَكَ تَزْويجَها ، كالقِنِّ ، ولأنَّها إحْدَى مَنْفَعَتَيْها ، فمَلَكَ أَخْذَ[3] عِوَضِها[4] ، كسائرِ مَنافِعِها . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بابْنَتِه الصغيرةِ ، لا يَمْلِكُ رَقَبتَها ، ويملكُ تَزْوِيجَها . وإذا مَلَكَ أُخْتَه من الرَّضاعِ ، أو مَجُوسِيَّةً ، فله تزويجُهُما ، وإن كانتا مُحَرَّمَتَيْنِ عليه ؛ لأنَّ منافِعَهُما مِلْكُه ، وإنما حُرِّمَتا عليه لعارِضٍ . فأمَّا التى بعضُها حُرٌّ ، فلا يَمْلِكُ سيِّدُها إجْبارَها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ جَمِيعَها . ولا يَمْلِكُ إجْبارَ المُكاتَبَةِ ؛ لأنَّها بمَنْزِلَةِ الخارجةِ عن

---

(١) فى م : « حصل » .

(٢) فى الأصل : « مملوكة » .

(٣) فى النسخ : « أحد » .

(٤) فى ب ، م : « عوضيها » .

مِلْكِه ، ولذلك لا يَمْلِكُ وَطْأَها ولا إجارَتَها[٥] ، ولا تَلْزَمُه نفقَتُها ، ولا يَصِلُ إليه مَهْرُها ، فهى كالعَبْدِ .

فصل : فإن طَلَبَتِ الأَمَةُ من سَيِّدِها تَزْويجَها ، فإن كان يَطَؤُها ، لم يُجْبَرْ على تَزْويجِها ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَزْويجِها ، ووَطْؤُه لها يَدْفَعُ حاجَتَها . فإن كان لا يَطَؤُها ؛ لكَوْنِها مُحَرَّمةً عليه ، كالمَجُوسِيَّةِ وأُخْتِه من الرَّضاعِ ، أو مُحَلَّلَةً له لكن لا يَرْغَبُ فى وَطْئِها ، أُجْبِرَ على تَزْوِيجِها [٦]أو وَطْئِها إن كانت مُحَلَّلَةً له ، أو إزالة[٧] مِلْكِه عنها ؛ لأنَّه وَلِيُّها ، فأُجْبِرَ على تَزْوِيجِها[٦] ، كالحُرَّةِ ، ولأنَّ حاجَتَها قد تَشْتَدُّ إلى ذلك ، فأُجْبِرَ على دَفْعِها ، كالإِطْعامِ والكُسْوَةِ . وإذا امْتَنعَ أجْبَرَه الحاكمُ . وإن طَلَبَتْ منه مَنْ نِصْفُها حُرٌّ ، أو المُكاتَبَةُ ، أو أُمُّ الوَلَدِ ، التَّزويجَ ، أُجبِرَ عليه ؛ / لأنَّه وَلِيُّهُنَّ ، فأُجْبِرَ على تَزْويجِهِنَّ ، كالحَرائِرِ . ٢٦/٧ ظ

فصل : وإذا اشْتَرى عبدُه المأذونُ[٨] أمَةً ، ورَكِبَتْه دُيونٌ ، مَلَكَ سَيِّدُه تَزْوِيجَها وبَيْعَها وإعْتاقَها . نَصَّ عليه أحمدُ ، وذكَرَه أبو بكرٍ ، وقال : وللسَّيِّدِ وَطْؤُها . وقال الشافعىُّ : ليس له[٩] شىءٌ من ذلك ؛ لما فيه من الإِضرارِ بالغُرَماءِ . وأصلُ الخِلافِ يَنْبَنِى[١٠] على دَيْنِ المأذونِ له فى التِّجارةِ ، فعندَنا يَلْزَمُ السَّيِّدَ ، فلا يَلْحَقُ الغُرماءَ ضَرَرٌ بتَصَرُّفِ السَّيِّدِ فى الأَمَةِ ، فإنَّ الدَّيْنَ ما تَعلَّقَ بها ، وعندَه أنَّ الدَّيْنَ يتعلَّقُ[١١] بالعَبْدِ وبما[١٢] فى يَدِه ، فيَلْحَقُهم الضَّرَرُ . والكلامُ على هذا يُذْكَرُ فى موضِعه .

---

(٥) فى ب زيادة : « لأنه لا يملك جميعها » .

(٦ – ٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) فى ا : « أو أزال » . وفى م : « وإزالة » .

(٨) فى ب زيادة : « له » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) فى ب ، م : « بنى » .

(١١) فى الأصل ، ا : « تعلق » .

(١٢) فى ب : « وما » .

فصل : وليس للسَّيِّدِ إكْراهُ أَمَتِه على التَّزويج بمَعِيبٍ عَيْبًا يُرَدُّ به فى النِّكاحِ ؛ لأنَّه يُؤْثِرُ[13] فى الاسْتِمْتاعِ ، وذلك حَقٌّ لها ، ولذلك مَلَكتِ الفَسْخَ بالجَبِّ والعُنَّةِ والامْتِناعِ من العبدِ دُونَ السَّيِّدِ . وفارَقَ بَيْعَها من مَعِيبٍ ؛ لأنَّه لا يُرادُ للاسْتِمْتاعِ ، ولهذا مَلَكَ شِراءَ الأمَةِ المُحَرَّمةِ عليه[14] ، ولم تَمْلِكِ الأَمَةُ الفَسْخَ لِعَيْبِه ولا عُنَّتِه ولا إيلائِه . وإن زَوَّجَها من مَعِيبٍ ، فهل يَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن ؛ فإن قُلْنا : يَصِحُّ . فلها الفَسْخُ . وإن كانت صغيرةً ، فهل له الفسخُ فى الحالِ ، أو يَنْتَظِرُ بُلُوغَها ؟ على وَجْهَيْن . ومذْهبُ الشافعىِّ هكذا فى هذا الفصلِ كلِّه .

١١٢٦ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ زَوَّجَ عَبْدَهُ وَهُوَ كَارِهٌ ، لَمْ يَجُزْ ، إلَّا أنْ يَكُونَ صَغِيرًا)

الكلام فى هذه المسألة فى فَصْلين :

أحدهما : أنَّ السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ إجْبارَ عبدِه البالغِ العاقلِ على النِّكاحِ . وبهذا قال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : له ذلك ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾[1] . ولأنَّه يَمْلِكُ رَقَبَته ، فمَلَكَ إجْبارَه على النِّكاحِ كالأَمَةِ ، ولأنَّه يَمْلِكُ إجارَتَه ، فأَشْبَهَ الأَمَةَ . ولَنا ، أنَّه مُكَلَّفٌ يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فلا يُجْبَرُ على النِّكاحِ كالحُرِّ ، ولأنَّ النِّكاحَ خالِصُ حَقِّه ، ونَفْعُه له ، فأشْبَهَ الحُرَّ ، والأمْرُ بإنْكاحِه مُخْتَصٌّ بحالِ طَلَبِه ، بدليلِ عَطْفِه على الأيَامَى ، وإنَّما يُزَوَّجْنَ عند الطَّلَبِ ، ومُقْتَضَى[2] الأَمْرِ الوُجوبُ ، وإنَّما يجب تَزْوِيجُه عندَ طَلَبِه ، وأمَّا الأَمَةُ فإنَّه يَمْلِكُ منافِعَ بُضْعِها ، والاستمتاعَ بها ، بخلافِ العَبْدِ ، ويفارِقُ النِّكاحُ الإجارةَ ؛ لأنَّها

---

(١٣) فى ا : « مؤثر » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) فى الأصل : « فيقتضى » .

عَقْدٌ على منافِعِ بَدَنِه ، وهو يَمْلِكُ اسْتِيفاءَها .

الفصلُ الثانى : فى العبدِ الصغيرِ الذى لم يَبْلُغْ ، فللسَّيِّدِ تَزْويجُه ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّ بعضَ الشَّافعيَّةِ قال : فيه قولان . وقال أبو / الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ ألَّا يَمْلِكَ تَزْويجَه . ولَنا ، أنَّه إذا مَلَكَ تَزْويجَ ابْنِه الصغيرِ ، فعَبْدُه مع مِلْكِه له وتَمامِ وِلَايَتِه عليه أوْلَى ، وكذلك الحكمُ فى عبدِه المَجْنُونِ .

٢٧/٧و

فصل : والمَهْرُ والنَّفَقةُ على السَّيِّدِ ، سواءٌ ضَمِنَهُما أو لم يَضْمَنْهُما ، وسواءٌ باشَرَ العَقْدَ أو أَذِنَ لعَبْدِه فعَقَده ، وسواءٌ كان مَأْذُونًا له فى التِّجارةِ أو مَحْجُورًا عليه . نَصَّ عليه أحمدُ . وعنه ما يَدُلُّ على أنَّ ذلك يتعلَّقُ بكَسْبِه ، فإنَّه قال : نَفَقَتُه من ضَرِيبَتِه . وقال : إن كان[3] بقِيمةِ ضَرِيبَتِه أُنْفِقَ عليها ، ولا يُعْطِى المَوْلَى ، وإن لم يكُنْ عنده ما يُنْفِقُ ، يُفَرَّقُ[4] بينهما . وهذا قولٌ للشافعيِّ[5] . وفائدةُ الخلافِ أنَّ مَنْ أَلْزَمَ السَّيِّدَ المَهْرَ والنَّفَقةَ ، أوْجَبَهُما عليه وإن لم يَكُنْ للعبدِ كَسْبٌ ، وليس للمرأةِ الفَسْخُ ؛ لعدمِ كَسْبِ العبدِ ، وللسَّيِّدِ اسْتِخْدامُه ومَنْعُه من[6] الاكْتِسابِ ، ومن عَلَّقَه بكَسْبِه فلم يَكُنْ له كَسْبٌ ، فللمرأةِ الفَسْخُ ، وليس للسَّيِّدِ[7] مَنْعُه من الكَسْبِ[8] . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ تَعَلَّقَ بالعبدِ برِضَا سَيِّدِه ، فتعلَّقَ بسيِّدِه ، وجازَ بَيْعُه فيه ، كما لو رَهَنَه بدَيْنٍ . فعلى هذا ، لو باعَه سيِّدُه ، أو أعْتَقَه ، لم يَسْقُطِ المَهْرُ عن السَّيِّدِ . نَصّ عليه ؛ لأنَّه حَقٌّ تعلَّقَ بذِمَّتِه ، فلم يَسْقُطْ ببَيْعِه وعِتْقِه ، كأَرْشِ جِنايَتِه ، فأمَّا النَّفقةُ فإنَّها تَتَجدَّدُ ، فتكونُ فى الزَّمنِ المُسْتَقْبِلِ على المُشْتَرِى أو على العبدِ إذا أُعْتِقَ .

---

(٣) فى ا ، ب : « كانت » .

(٤) فى الأصل : « فرق » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « الشافعى » .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) فى الأصل ، ب : « لسيده » .

(٨) فى ب : « التكسب » .

فصل : ويجوزُ أن يَتزوَّجَ السَّيِّدُ لعبدِه بإذْنِه . ويجوزُ أن يَأْذَنَ للعبدِ فيتَزَوَّجَ لنَفْسِه ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ يَصِحُّ طلاقُه ، فكان من أهلِ مُباشَرةِ النِّكاحِ كالحُرِّ . ويجوزُ أن يَأْذَنَ له مُطْلقًا ومُقَيَّدًا ، فإن عَيَّنَ له امرأةً ، أو نِساءَ بَلَدٍ أو قبيلةٍ ، أو حُرَّةً ، أو أمَةً ، فتزوَّجَ غيرَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مُتصَرِّفٌ بالإذْنِ فتَقَيَّدَ[9] تَصرُّفُه بما أُذِنَ له فيه كالوَكِيلِ . وإن أَذِنَ له مُطْلقًا ، فله أن يتزوَّجَ مَنْ شاءَ ، لكن إن تزوَّجَ امرأةً من بَلْدةٍ أُخرَى فلِسَيِّدِه[10] مَنْعُه من الخُروجِ إليها ، وإن كانت فى البَلَدِ ، فعلى سيِّدِه[11] إرْسالُه ليلًا للاستِمْتاعِ . وإن أحَبَّ سيِّدُه أن يُسْكِنَها فى مَسْكَنٍ من دارِه ، فله ذلك إذا كان مَسْكَنَ مِثْلِها ، ولا يَلْزَمُه إرْسالُه نهارًا ؛ لأنَّه يحْتاجُ إلى اسْتِخدامِه ، وليس النهارُ مَحَلًّا للاستِمْتاعِ . ولسَيِّدِه المُسافرةُ به ، فإنَّ حَقَّ امرأةِ العبدِ عليه لا يَزِيدُ على حَقِّ امرأةِ الحُرِّ ، والحُرُّ يَمْلِكُ المُسافرَةَ وإن كَرِهَت امرأتُه ، كذا هـٰهُنا .

٢٧/٧ ظ **فصل** : وللسَّيِّدِ أن يُعَيِّنَ له المَهْرَ ، وله أن / يُطْلِقَ ، فإن تزوَّجَ بما عَيَّنَه أو دُونَه ، أو بمَهْرِ المِثْلِ عند الإطْلاقِ أو دُونَه ، لَزِمَ المُسَمَّى ، وإن تزوَّجَ بأكْثَرَ من ذلك لم يَلْزَم السَّيِّدَ الزِّيادةُ . وهل تَتعلَّقُ برَقَبةِ العبدِ أو بذِمَّتِه يُتْبَعُ بها بعد العِتْقِ ؟ على روايتَيْنِ ، بِناءً على اسْتِدانةِ العبدِ المَحْجُورِ عليه . وقد ذُكِر فى باب المُصَرَّاة[12] .

فصل : وإن تزوَّجَ[13] أمَةً ، ثم اشْتراها بإذْنِ سيِّدِه لِسَيِّدِه ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى نِكاحِه ، وإن اشتراها لنَفْسِه ، وقُلْنا : إن العبدَ لا يَمْلِكُ بالتَّمْليكِ . فكذلك ، وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالتَّمْليكِ . انْفسخَ نِكاحُه ، كما لو اشْتَرَى الحُرُّ امْرأتَه ، وله وَطْؤُها بمِلْكِ اليَمينِ إذا أَذِنَ له السَّيِّدُ[14] ، فإن كان نِصْفُه[15] حُرًّا ، فاشْتَراها فى ذِمَّتِه ، أو بما يَخْتَصُّ

---

(٩) فى م : « فقيد » .

(١٠) فى م : « فللسيد » .

(١١) فى م : « السيد » .

(١٢) تقدم فى : ٦ / ٢٥٧-٢٦٠ .

(١٣) فى الأصل : « زوج » .

(١٤) فى ا ، ب : « سيده » .

(١٥) فى الأصل : « بعضه » .

بمِلْكِه ، انْفسخَ نِكاحُه ؛ لأنَّه مَلَكَها وحَلَّتْ له بمِلْكِ يَمينِه ، وإن مَلَكَ بعضَها ، انْفَسخَ نِكاحُه[١٦] ، ولم تَحِلَّ له ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ جَميعَها . وإن اشتراها بعَيْنِ مالٍ مُشْتَرِكٍ بينه وبين سَيِّدِه بغيرِ إذْنِه ، وقُلْنا : لا تُفَرَّقُ الصَّفْقةُ . لم يَصِحَّ البيعُ ، والنِّكاحُ بحالِه . وإن قُلْنا بتَفْريقِها ، صَحَّ فى قَدْرِ مالِه ، وانْفسخَ النِّكاحُ ؛ لمِلْكِه بعضَها .

فصل : وإن اشْتَرتِ الحُرَّةُ زَوْجَها ، أو مَلَكَتْه بهِبَةٍ أو غيرِها[١٧] ، انْفَسخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ مِلْكَ النِّكاحِ واليَمينِ يَتنافيانِ ، لِاسْتِحالةِ كَوْنِ الشَّخْصِ مالِكًا لمالِكِه ، ولأنَّ المرأةَ تقولُ : أنْفِقْ علَىَّ لأنَّنى امْرَأَتُكَ ، وأنا أُسافِرُ بك لأنَّك عَبْدِى . ويقولُ هو : أنْفِقِى علىَّ لأنَّنى عَبْدُكِ ، وأنا أُسافِرُ بك لأنَّكِ امْرأتِى . فيَتنافَى ذلك ، فيَثْبُتُ أقواهُما ، وهو ملكُ اليَمينِ ، ويَنْفَسِخُ النِّكاحُ ؛ لأنَّه أضْعَفُ ، ولها على سَيِّدِه المهرُ إن كان بعدَ الدُّخُولِ ، وله عليها الثَّمَنُ ، فإن كانا دَيْنَيْنِ من جِنْسٍ تَقَاصَّا وتَساقَطا إن[١٨] كانا مُتَساوِيَيْنِ ، وإن تَفاضَلا سَقَطَ الأقَلُّ منهما بمِثْلِه ، وبَقِىَ الفاضلُ ، وإن اختَلفَ جِنْسُهُما لم يَتَساقطا ، وعلى كلِّ واحدٍ منهما تَسْلِيمُ ما عليه إلى صاحِبِه . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : يَسْقُطُ مَهْرُها ؛ لأنَّه دَيْنٌ فى ذِمَّةِ العَبْدِ ، فإذا مَلَكَتْه لم يَجُزْ أن يَثْبُتَ لها دَيْنٌ فى ذِمَّةِ عَبْدِها ، كما لو أتْلَفَ لها مالًا . وهذا بِناءٌ منه[١٩] على أنَّ المَهْرَ يتعلَّقُ بِذِمَّةِ العَبْدِ ، وقد بيَّنَّا أنَّه يتعلَّقُ بِذِمَّةِ سَيِّدِه ، فلا يُؤَثِّرُ مِلْكُ العبدِ فى إسْقاطِه . وذكر القاضى فيه وَجْهًا ، أنَّه يَسْقُطُ ؛ لأنَّ ثُبوتَ الدَّيْنِ فى ذِمَّةِ السَّيِّدِ تَبَعٌ لثُبوتِه فى ذمَّةِ العبدِ ، فإذا سَقطَ من ذِمَّةِ العبدِ سقَط من ذمَّةِ السَّيِّدِ تَبَعًا ، كالدَّيْنِ الذى على الضَّامنِ إذا سقطَ من ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه . ولا / يُعْرَفُ هذا فى المذهبِ ، (٢٠ولا أنه يَثْبُتُ٢٠) فى الذِّمَّتَيْنِ جميعًا ، ٢٨/٧و

---

(١٦) فى ا ، ب : « النكاح » .

(١٧) فى الأصل : « أو بغيرها » .

(١٨) فى ا ، م : « وإن » .

(١٩) فى الأصل ، ب : « منهم » .

(٢٠ - ٢٠) فى الأصل ، ا ، م : « ولأنه ثبت » .

إحْداهما تبعٌ[٢١] للأُخْرَى ، بل المَذْهَبُ على أنَّه لا يَسْقُطُ بعدَ الدُّخولِ بحالٍ ، فأمَّا إن كان الشراءُ قبلَ الدخولِ ، سقطَ نِصْفُه ، كما لو طَلَّقَها قبلَ دُخولِه بها . وفي سُقُوطِ باقِيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَسْقُطُ ؛ لأنَّ زَوالَ المِلْكِ إنَّما هو بِفِعْلِ البائعِ ، فالفَسْخُ إذًا من جِهَتِه ، فلم يَسْقُطْ جَمِيعُ المَهْرِ كالخُلْعِ . والثاني ، يَسْقُطُ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما تَمَّ بشراءِ المرأةِ ، فأشْبَهَ الفَسْخَ بالعَيْبِ في أحدِهما ، وفَسْخَها لإعْسارِه ، وشِراءَ الرَّجُلِ امْرَأتَه[٢٢] .

فصل : فإن ابْتاعَتْه بصَداقِها ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ[٢٣] . وذَكَره أبو بكرٍ ، والقاضي ، ويَرْجِعُ[٢٤] عليها بِنِصْفِه إن قُلْنا : يَسْقُطُ نِصْفُه . أو بجَمِيعِه ، إن قُلْنا : يَسقُطُ جَمِيعُه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ البَيْعُ . وهو قولُ أصْحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ ثُبُوتَه يقْتضِي نَفْيَه ، فإنَّ صِحَّةَ البَيْعِ تقْتضِي فَسْخَ النِّكاحِ وسُقُوطَ المَهْرِ ، [٢٥] وسُقُوطَ المَهْرِ [٢٥] يقتضِي بُطْلانَ البَيْعِ ؛ لأنَّه عِوَضُه[٢٦] ولا يَصِحُّ بغيرِ عِوَضٍ . ولَنا ، أنَّه يجوزُ أن يكونَ ثَمَنًا لغيرِ هذا العبدِ ، فجاز أن يكونَ ثَمَنًا له ، كغيرِه من الدُّيُونِ ، وما سَقَطَ منه [٢٧] رجَع عليها[٢٧] به .

١١٢٧ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ ، فَالنِّكَاحُ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا[١] كان للمرأةِ وَلِيَّانِ ، فأَذِنَتْ لكلِّ واحدٍ منهما في تَزْوِيجِها ،

---

(٢١) في ا ، ب ، م : « تبعا » .

(٢٢) في م : « لامرأته » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٤) في الأصل : « ورجع » .

(٢٥ – ٢٥) سقط من : ب ، م .

(٢٦) في م : « عوض » .

(٢٧ – ٢٧) في م : « يرجع عليه » .

(١) في ب ، م : « إن » .

جازَ ، سواءٌ أَذِنَتْ فى رَجُلٍ مُعَيَّنٍ أو مُطْلَقًا ، فقالت : قد[٢] أَذِنْتُ لكلِّ واحدٍ من أَوْلِيائِى فى تَزْويجِى مَنْ أراد . فإذا زَوَّجَها الوَلِيَّانِ لرَجُلَيْنِ ، وعُلِمَ السَّابِقُ منهما ، فالنِّكاحُ له ، دَخَلَ بها الثانى[٢] أو لم يَدْخُلْ . وهذا قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادةَ ، وابنِ سِيرِينَ ، والأَوْزاعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وبه قال عطاءٌ ، ومالكٌ ، مالم يَدْخُلْ بها الثانى ، فإن دَخَلَ بها الثانى صار أَوْلَى ؛ لقولِ عمرَ : إذا أَنْكَحَ الوَلِيَّانِ ، فالأَوَّلُ أَحَقُّ ، مالم يَدْخُلْ بها الثانى . ولأنَّ الثانى اتَّصَلَ بعَقْدِه القَبْضُ ، فكان أَحَقَّ . ولَنا ، ما رَوَى سَمُرَةُ ، وعُقْبةُ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « أَيُّما امْرَأَةٍ زَوَّجَها وَلِيَّانِ ، فَهِىَ للأَوَّلِ » . أخْرَجَ حَدِيثَ سَمُرةَ أبو دَاودَ ، والتِّرمِذِىُّ ، وأَخْرجه النَّسائِىُّ عنه وعن عُقْبةَ[٣] . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن علىٍّ ، وشُرَيحٍ[٤] . ولأنَّ الثانى تَزوَّجَ امرأةً فى عِصْمةِ زَوْجٍ ، فكان باطلًا ، كما لو عَلِمَ أنَّ لها زَوْجًا ، ولأنَّه نِكاحٌ باطلٌ لو عَرِىَ عن الدُّخولِ ، فكان باطلًا وإن دَخَلَ ، كنِكاحِ المُعْتَدَّةِ والمُرْتَدَّةِ[٥] ، وكما لو عَلِمَ . فأمَّا حديثُ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فلم يُصَحِّحْه / أصحابُ الحديثِ ، وقد خالَفَه قولُ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وجاء على خلافِ حديثِ[٦] النَّبِىِّ ﷺ ، وما ذَكَرُوه من القَبْضِ

٢٨/٧ ظ

---

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث سمرة أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا نكح الوليان ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليين يزوجان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٠ . والنسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب المرأة يزوجها الوليان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٨ ، ١١ ، ١٢ ، ١٨ .

وحديث عقبة لعله فى السنن الكبرى للنسائى . وأخرجه البيهقى ، فى : باب الوكالة فى النكاح ، وباب إنكاح الوليين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٩ ، ١٤٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣٩ .

(٤) ما روى عن على أخرجه البيهقى ، فى : باب إنكاح الوليين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣٩ . وما روى عن شريح أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٠ .

(٥) فى ا ، م : « والمرتد » .

(٦) فى ب : « قول » .

لا مَعْنَى له ؛ فإنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ بغيرِ قَبْضٍ ، على أنَّه لا أصْلَ له فيُقاسُ عليه ، ثم يَبْطُلُ بسائرِ[7] الأنْكِحةِ الفاسدةِ .

فصل : إذا اسْتَوَى الأوْلياءُ فى الدَّرجةِ ، كالإِخْوَةِ وبَنِيهم ، والأعْمامِ وبَنِيهِم ، فالأَوْلَى تَقْدِيمُ أكْبَرِهم وأفْضَلِهم ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ لمَّا تَقدَّم إليه مُحَيِّصَةُ وحُوَيِّصَةُ وعبدُ الرحمن بن سَهْلٍ ، فتكلَّمَ عبدُ الرحمنِ بن سَهْلٍ ، وكان أصْغَرَهُم ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « كَبِّرْ كَبِّرْ » . أى قَدِّمِ الأكبرَ ، [8]قَدِّمِ الأكبرَ[8] ، فتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ[9] . وإن تَشَاحُّوا ولم يُقَدِّمُوا الأكبرَ ، أُقْرِعَ بينهم ؛ لأنَّ حَقَّهُم اسْتَوَى فى القَرابةِ ، وقد كان النَّبِىُّ ﷺ إذا أرادَ سَفَرًا[10] أَقْرَعَ بين نِسائِه ، لتَساوِى حُقُوقِهِنَّ[11] . كذا هـٰهُنا . فإن بَدَرَ واحدٌ منهم فزَوَّجَ كُفْؤًا بإذْنِ المَرْأةِ ، صَحَّ ، وإن كان هو الأصْغَرَ المَفْضُولَ الذى وَقَعتِ القُرْعةُ لغيرِه ؛ لأنَّه تَزْوِيجٌ صَدَرَ من وَلِىٍّ كاملِ الوِلايةِ ، بإذْنِ مُوَلِّيَتِه ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَ ، وإنَّما القُرْعةُ لإِزَالةِ المُشَاحَّةِ .

---

(7) فى الأصل : « كسائر » .

(8–8) سقط من : الأصل ، ب .

(9) أخرجه مسلم ، فى : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، صحيح مسلم 3 / 1291 ، 1292 . وأبو داود ، فى : باب القتل بالقسامة ، وباب فى ترك القود فى القسامة ، من كتاب الديات . سنن أبى داود 2 / 485 ، 486 . والنسائى ، فى : باب تبدئة أهل الدم فى القسامة ، وباب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه ، من كتاب القسامة . المجتبى 8 / 6–12 . وابن ماجه ، فى : باب القسامة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه 2 / 892 ، 893 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 2 .

(10) فى م : « السفر » .

(11) أخرجه البخارى ، فى : باب هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة ، وفى : باب تعديل النساء بعضهن بعضا ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب حمل الرجل امرأته فى الغزو دون بعض نسائه ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب حديث الإفك ، من كتاب المغازى ، وفى : باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى 3 / 208 ، 227 ، 4 / 60 ، 5 / 148 ، 149 ، 7 / 43 . ومسلم ، فى : باب فى فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة ، وفى : باب فى حديث الإفك وقبول توبة القاذف ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم 4 / 1894 ، 2130 . وابن ماجه ، فى : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح ، وفى : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه 1 / 633 ، 2 / 786 . والدارمى ، فى : باب الرجل يكون عنده النسوة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خروج النبى ﷺ مع بعض نسائه فى الغزو ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى 2 / 144 ، 211 . والإمام أحمد ، فى : المسند 6 / 114 ، 117 ، 197 ، 269 .

١١٢٨ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا ذَاتُ زَوْجٍ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا ، ولَمْ يُصِبْها زَوْجُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ بَعْدَ[1] آخِرِ وَقْتِ وَطْئِها[2] الثَّانِي)

أَمَّا إذا عُلِمَ الحالُ قبلَ وَطْءِ الثانى لها ، فإنَّها تُدْفَعُ إلى الأَوَّلِ ، ولا شىءَ[3] على الثانى[3] ؛ لأَنَّ عَقْدَه عقدٌ فاسدٌ لا يُوجِبُ شيئًا . وإن وَطِئَها الثانى ، وهو لا يَعْلَمُ ، فهو وَطْءٌ بشُبْهةٍ[4] يَجِبُ لها به[5] مَهْرُ المِثْلِ[6] ، وتُرَدُّ إلى الأَوَّلِ ، ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها بثلاثِ حِيَضٍ ، إن كانت من ذَواتِ الأَقْراءِ ولم تَحْمِلْ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ قَتادةَ ، والشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : لها صَدَاقٌ بالمَسِيسِ[7] ، وصداقٌ من هذا . ولا يُرَدُّ الصَّدَاقُ الذى يُؤْخَذُ من الدَّاخِلِ بها على الذى دُفِعَتْ إليه ؛ وذلك لأَنَّ الصَّداقَ فى مُقابلةِ الاسْتِمتاعِ بها ، فكان لها دون زَوْجِها ، كما لو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ أو مُكْرَهةً . ولا يحتاجُ هذا النِّكاحُ الثانى إلى فَسْخٍ ؛ لأَنَّه باطلٌ . ولا يَجِبُ لها المَهْرُ إلَّا بالوطءِ ، دون مُجَرَّدِ الدُّخولِ والوَطْءِ دُونَ الفَرْجِ ؛ لأَنَّه نكاحٌ باطلٌ لا حُكْمَ له . ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأَنَّه يجبُ بالإِصابةِ لا بالتَّسْمِيةِ . وذَكَر أبو بكرٍ أَنَّ الواجِبَ المُسَمَّى . قال القاضى : هو قِياسُ المَذْهبِ . والأَوَّلُ[8] هو الصَّحيحُ[8] ؛ لما قُلْناه . واللهُ أعلمُ .

---

(١) فى ب ، م : « بعض » .

(٢) فى ا زيادة : « من » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « للثانى » .

(٤) فى م : « شبهة » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى ا ، ب ، م : « المهر » .

(٧) فى الأصل : « المسيس » .

(٨ - ٨) فى ب ، م : « أصح » .

١١٢٩ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جُهِلَ[١] الأَوَّلُ مِنْهُمَا ، فُسِخَ النِّكَاحَانِ)

٢٩/٧و وجملةُ ذلك أنَّه إذا جُهِلَ الأوَّلُ منهما ، فلا فرْقَ بين أن / لا يُعْلَمَ كَيْفيَّةُ وُقُوعِهِما ، أو يُعْلَمَ أنَّ أحَدَهما قبْلَ الآخَرِ لا بِعَيْنِه ، أو يُعْلَمَ بعَيْنِه ثم يُشَكُّ[٢] ، فالحكمُ فى جَمِيعِها واحدٌ ، وهو أن يَفْسَخَ الحاكمُ النِّكاحَيْنِ جميعا . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ الجماعةِ . ثم تَتَزَوَّجُ مَنْ شاءت منهما أو من غيرِهما . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُقْرَعُ بينهما ، فمَن تَقَعُ له القُرْعةُ أُمِرَ صاحِبُه بالطَّلاقِ ، ثم يُجَدِّدُ القارِعُ نِكاحَه ، فإن كانت زَوْجَتَه[٣] ، لم يَضُرَّهُ تَجْدِيدُ النِّكاحِ شيئا ، وإن كانت زَوْجةَ الآخَرِ ، بانَتْ منه[٤] بطَلاقِه ، وصارت زَوْجةَ هذا بعَقْدِه الثانى ؛ لأنَّ القُرْعةَ تَدْخُلُ بتَمَيُّزِ[٥] الحُقُوقِ[٦] عندَ التَّساوِى ، كالسَّفَرِ بإحدى نِسائِه ، والبَداءةِ بالمَبِيتِ عند إحْداهُنَّ ، وتَعْيِينِ الأنْصِباءِ فى القِسْمةِ . وقال الثَّوْرِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ : يُجْبِرُهُما السُّلْطانُ على أن يُطَلِّقَ كلُّ واحِدٍ منهما طَلْقةً ، فإن أبَيا فَرَّقَ بينهما . وهذا قريبٌ من قَوْلِنا الأَوَّلِ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إمْضاءُ العَقْدِ الصحيحِ ، فوَجَبَ إزالةُ الضَّرَرِ بالتَّفْرِيقِ . وقال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : النِّكاحُ مَفْسوخٌ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إمضاؤُه . وهذا لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ العقدَ الصحيحَ لا يَبْطُلُ بمُجَرَّدِ إشْكالِه ، كما لو اخْتلَفَ المُتَبايِعانِ فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فإنَّ العَقْدَ لا يَزُولُ إلَّا بفَسْخِه ، كذا هٰهُنا . [٧]وقد رُوِىَ[٧] عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ ، وحَمَّادِ بن أبى سليمان ، أنَّها تُخَيَّرُ ، فأيُّهما اخْتارَتْه فهو زَوْجُها . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ أحدَهما ليس بزَوْجٍ لها ، فلم تُخَيَّرْ بينهما ، كما لو لم يَعْقِدْ إلَّا أحدُهما ، أو[٨] كما لو أشْكَلَ على الرَّجُلِ

---

(١) فى ا ، ب زيادة : « من » .
(٢) فى الأصل ، ا ، ب : « تشكك » .
(٣) فى الأصل : « زوجه » .
(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٥) فى م : « التميز » .
(٦) فى م : « بالحقوق » .
(٧-٧) فى الأصل ، ا : « وروى » .
(٨) سقط من : م .

امْرَأَتُه فى النِّساءِ ، أو على المرأةِ زَوْجُها ، إلَّا أن يُرِيدُوا بقَوْلِهم أنَّها إذا اخْتارَتْ أحَدَهُما ، فُرِّقَ بينها وبين الآخرِ ، ثم عَقَدَ المُخْتارُ نِكاحَها . فهذا حَسَنٌ[9] ، فإنَّه يُسْتَغْنَى بالتَّفْرِيقِ بينها وبين أحَدِهما ، عن التَّفْرِيقِ بَيْنَها وبينهما جميعًا ، وبِفَسْخِ أحدِ النِّكاحَيْنِ عن فَسْخِهِما . فإن أبَتْ أن تختارَ ، لم تُجْبَرْ . وكذلك يَنْبَغِى أنَّه إذا أُقْرِعَ بينهما ، فوَقَعَتِ القُرْعةُ لأحَدِهما ، لم تُجْبَرْ على نِكاحِه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ أنَّه زَوْجُها ، فيتَعَيَّنُ إذًا فَسْخُ النِّكاحَيْنِ ، ولها أن تتزوَّجَ مَنْ شاءَتْ منهما أو مِن غيرِهما فى الحالِ ، إن كان قَبْلَ الدُّخولِ ، وإن كان أحَدُهما دَخَلَ بها ، لم تَنْكِحْ حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها من وَطْئِه .

فصل : فإن ادَّعَى كلُّ واحدٍ[10] منهما أنِّى السَّابقُ بالعَقْدِ ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما . وإن أقَرَّتِ المرأةُ لأحَدِهما ، لم يُقْبَلْ إقْرارُها . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أصحابُ الشَّافعىِّ : يُقْبَلُ ، كما لو أقَرَّتِ ابْتِداءً . ولَنا ، أنَّ الخَصْمَ فى ذلك هو الزَّوْجُ الآخرُ[11] ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُها فى إبْطالِ حَقِّه ، كما لو أقَرَّتْ عليه / بطَلاقٍ . وإن ادَّعَى الزَّوْجانِ على المرأةِ أنَّها تَعْلَمُ السابقَ منهما ، فأنْكَرَتْ ، لم تُسْتَحْلَفْ ؛[12] لذلك . وقال أصحابُ الشافعىِّ : تُسْتَحْلَفُ[12] ، بِناءً منهم على أنَّ إقْرارَها مَقْبُولٌ . فإن فُرِّقَ بينها وبين أحَدِهما ، لِاخْتِيارِها لصاحِبِه ، أو لوُقُوعِ القُرْعةِ له ، وأقَرَّتْ له أنَّ عَقْدَه سابقٌ ، فيَنْبَغِى أن يُقْبَلَ إقْرارُها ؛ لأنَّهما اتَّفَقَا على ذلك من غيرِ خَصْمٍ مُنازِعٍ ، فأشْبَهَ ما لو لم يَكُنْ صاحبَ عَقْدٍ آخَرَ .

٢٩/٧ ظ

فصل : وإن عُلِمَ أنَّ العَقْدَيْنِ وَقَعَا معًا ، لم يَسْبِقْ أحَدُهما الآخرَ ، فهما باطِلانِ ، لا حاجةَ إلى فَسْخِهِما ؛ لأنَّهما باطِلانِ من أصْلِهِما ، ولا مَهْرَ لها على واحدٍ منهما ، ولا

---

(٩) فى الأصل ، ا : « أحسن » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل ، ب ، م : « الأخير » .

(١٢ - ١٢) سقط من الأصل . نقل نظر.

مِيراثَ لها منهما ، ولا يَرِثُها واحدٌ منهما ؛ لذلك[13] وإن لم يُعْلَمْ ذلك ففُسِخَ[14] نِكاحُهُما ، فرُوِىَ عن أحمدَ أنَّه يَجِبُ لها نِصْفُ المَهْرِ ، ويَقْتَرِعانِ عليه ؛ لأنَّ عَقْدَ أحَدِهِما صَحِيحٌ ، وقد انْفَسَخَ نِكاحُه قبلَ الدُّخولِ ، فوَجَبَ عليه نِصْفُ مَهْرِها ، كما لو خالَعَها . وقال أبو بكرٍ : لا مَهْرَ لها ؛ لأنَّهما مُجْبَرانِ على الطَّلاقِ ، فلم يَلْزَمْهُما مَهْرٌ ، كما لو فَسَخَ الحاكمُ نِكاحَ رَجُلٍ لِعُسْرِه[15] أو عُنَّتِه[16] . وإن ماتت قبلَ الفَسْخِ والطَّلاقِ ، فلأحَدِهما نِصْفُ مِيراثِها ، فيُوقَفُ الأمْرُ حتى يَصْطَلِحَا عليه . ويَحْتَمِلُ أن يُقْرَعَ بينهما ، فمن خَرَجَتْ له القُرْعةُ ، حَلَفَ أنَّه المُسْتَحِقُّ ووَرِثَ . وإن مات الزَّوْجانِ ، فلها رُبْعُ مِيراثِ أحَدِهما . فإن كانتْ قد أقَرَّتْ أنَّ أحَدَهُما سابِقٌ بالعَقْدِ ، فلا مِيراثَ لها من الآخَرِ ، وهى تَدَّعِى رُبْعَ مِيراثِ مَنْ أقَرَّتْ له . فإن كان قد ادَّعَى ذلك[17] أيضا ، دَفَعَ إليها رُبْعَ مِيراثِه ، وإن لم يكُنِ ادَّعَى ذلك ، وأنْكَرَ الوَرَثَةُ ، فالقولُ قولُهم مع أيْمانِهِم ، فإن نَكَلُوا قُضِىَ عليهم . وإن لم تكُنِ المرأةُ أقَرَّتْ بسَبْقِ أحَدِهما ، احْتَمَلَ أن يَحْلِفَ وَرَثَةُ كلِّ واحِدٍ منهما ويَبْرَأ ، واحْتَمَلَ أن يُقْرَعَ بينهما ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه فلها رُبْعُ مِيراثِه . وقد رَوَى حَنْبَلٌ عن[18] أحمدَ ، فى رَجُلٍ له ثلاثُ بناتٍ ، زَوَّجَ إحْداهُنَّ من رَجُلٍ ، ثم ماتَ الأبُ ، ولم يُعْلَمْ أيَّتُهُنَّ[19] زَوَّجَ : يُقْرَعُ بينهنَّ ، فأيَّتُهُنَّ أصابَتْها القُرْعةُ فهى زَوْجَتُه ، وإن مات الزَّوْجُ فهى التى تَرِثُه . والله أعلم .

فصل : وإن ادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه السَّابِقُ ، فأقَرَّتْ لأحَدِهما ، ثم فُرِّقَ بينهما ،

---

(13) فى ا ، ب ، م : « كذلك » .

(14) فى ب ، م : « فسخ » .

(15) فى الأصل ، ا : « لعسر به » .

(16) فى الأصل ، ا : « عيبه » .

(17) سقط من : الأصل .

(18) فى م : « على » .

(19) فى الأصل : « أيهن » .

وقُلْنا بوُجُوبِ المَهْرِ ، وَجَبَ على المُقَرِّ له دون صاحِبِه ؛ لإقرارِه لها به ، وإقْرارِها ببَراءةِ صاحِبِه . وإن ماتا ، وَرِثَتِ المُقَرَّ له دُونَ صاحِبِه ؛ لذلك[20] . وإن ماتتْ هى قَبْلَهُما ، احْتَمَلَ أن يَرِثَها المُقَرُّ له كما تَرِثُه ، واحْتَمَلَ أن لا يُقْبَلَ إقرارُها له ، كما لم تَقْبَلْه فى نَفْسِها . وإن لم تُقِرَّ لأحَدِهما إلَّا بعدَ مَوْتِه ، فهو كما لو أقَرَّتْ فى حَياتِه . وليس لوَرَثَةِ[21] واحِدٍ منهما الإنْكارُ لاسْتِحقاقِها ؛ لأنَّ مَوْرُوثَه قد أقَرَّ لها بدَعْواه صِحّةَ نِكاحِها وسَبْقَه بالعَقْدِ عليها . وإن لم تُقِرَّ لواحِدٍ منهما ، أُقْرِعَ / بينهما ، وكان لها مِيراثُ مَنْ تَقَعُ عليه القُرْعةُ . وإن كان أحَدُهما قد أصَابَها ، فإن كان هو المُقَرَّ له ، أو كانت لم تُقِرَّ لواحِدٍ منهما ، فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه مُقِرٌّ لها به ، وهى لا تَدَّعِى سِوَاه ، وإن كانت مُقِرَّةً للآخَرِ ، فهى تَدَّعِى مَهْرَ المِثْلِ ، وهو يُقِرُّ لها بالمُسَمَّى . [22]فإن اسْتَوَيا[22] أو اصْطَلَحا ، فلا كلامَ ، وإن كان مَهْرُ المِثْلِ أكْثَرَ ، حَلَفَ على الزائِدِ ، وسَقَطَ . وإن كان المُسَمَّى أكثرَ ، فهو مُقِرٌّ لها بالزِّيادةِ ، وهى تُنْكِرُها ، فلا تَسْتَحِقُّها . واللهُ أعلم .

٣٠/٧و

فصل : وإن ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرأةٍ ابْتِداءً ، فأقَرَّتْ له بذلك ، ثَبَتَ النِّكاحُ وتَوارثا . وقال أبو الخَطَّابِ : فى ذلك رِوايتانِ ، والصَّحيحُ أنَّه مَقْبولٌ ؛ لأنَّها رَشِيدةٌ أقَرَّتْ بعَقْدٍ ، يَلْزَمُها حُكْمُه ، فقُبِلَ إقْرارُها ، كما لو أقَرَّتْ أنَّ وَلِيَّها باعَ أمَتَها قبلَ بُلُوغِها ، [23]فإن أنْكَرَ[23] أبوها تَزْوِيجَها ، لم يُقْبَلْ إنكارُه ؛ لأنَّ الحَقَّ على غيرِه وقد أقَرَّ به . وكذلك لو ادَّعَى أنَّه تَزَوَّجَ امرأةً بوَلِىٍّ وشاهِدَيْنِ عَيَّنَهُما ، فأقَرَّتِ المرأةُ بذلك ، وأنْكَرَ الشَّاهدانِ ، لم يُلْتَفَتْ إلى إنْكارِهِما ؛ لأنَّ الشَّهادةَ إنَّما يُحْتاجُ إليها مع الإنْكارِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ إقرارُها مع إنْكارِ أبِيها ؛ لأنَّ تَزْوِيجَها إليه دونَها . فإن ادَّعَى نِكاحَها ، فلم تُصَدِّقْه حتى ماتَتْ ، لم يَرِثْها . وإن مات قَبْلَها ، فاعْتَرفَتْ بما قال ، وَرِثَتْه ؛ لكمالِ الإقْرارِ منهما

---

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « كذلك » .

(٢١) فى ا ، ب ، م زيادة : « كل » .

(٢٢–٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣–٢٣) فى ا ، ب ، م : « فأنكر » .

بتَصْدِيقِها . وكذلك لو أقَرَّتِ المرأةُ دُونَه ، فمات قبلَ أن يُصَدِّقَها ، لم تَرِثْه . وإن ماتت فصَدَّقَها ، وَرِثَها ؛ لما ذَكَرْنا .

١١٣٠ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّه ليس للعَبْدِ أن يَنْكِحَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فإنْ نَكَحَ لم يَنْعَقِدْ[1] نِكاحُه ، فى قولِهم جميعًا . وقال ابنُ المنذرِ : أجْمَعُوا على أنَّ نِكاحَه باطلٌ . والصوابُ ما قُلْنا ، إن شاء اللهُ ؛ فإنَّهم اختلَفُوا فى صِحَّتِه ، فعن أحمدَ فى ذلك رِوايتانِ ؛ أظْهَرُهما ، أنَّه باطلٌ . وهو قولُ عثمانَ ، وابنِ عمرَ . وبه قال شُرَيْحٌ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه مَوْقُوفٌ على إجَازةِ السَّيِّدِ ، فإن أجازَه جازَ ، وإن رَدَّه بَطَلَ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَقِفُ على الفَسْخِ ، فوَقَفَ على الإجَازةِ ، كالوَصِيَّةِ . ولَنا ، ما رَوَى جابرٌ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوَالِيهِ ، فَهُوَ عَاهِرٌ » . رَواه الأثْرَمُ ، [2]وأبو داوُدَ[2] ، وابنُ ماجه[3] . ورَوَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن مُوسَى بن عُقْبةَ ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عمرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أيُّما عَبْدٍ تَزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ مَوَالِيهِ ، فَهُوَ زَانٍ »[4] . قال حَنْبَلٌ : ذَكَرْتُ هذا الحديثَ / لأبى عبدِ اللهِ ، ٣٠/٧ ظ

---

(١) فى الأصل ، ب : « ينفذ » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه عن جابر ، أبو داود ، فى : باب فى نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ .

كما أخرجه عنه ، الترمذى ، فى : باب ما جاء فى نكاح العبد بغير إذن سيده ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣١ . والدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٠١ ، ٣٧٧ .

أما ابن ماجه فقد رواه عن ابن عمر ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ . والدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ .

فقال : هذا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ . ورُوِىَ[5] أيضا عن ابن عمرَ[6] مَوْقُوفًا عليه من قولِهِ[7] . ولأنَّه نِكاحٌ فَقَدَ شَرْطَه ، فلم يَصِحَّ كما لو تَزَوَّجَها بغيرِ شُهُودٍ .

١١٣١ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، فَعَلَى سَيِّدِه خُمْسَا الْمَهْرِ . كَمَا قَالَ عُثْمَانُ[1]بْنُ عَفَّانَ[1] ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يُجَاوِزَ الخُمْسَانِ قِيمَتَهُ ، فَلَا يَلْزَمُ سَيِّدَهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ ، أو يُسَلِّمُهُ)

فى هذه المسألة خمسةُ فصولٍ :

الأوَّل : فى وُجُوبِ المَهْرِ ، وله حَالان ؛ أحدُهما ، أن لا يَدْخُلَ بها ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّه عَقْدٌ باطِلٌ ، فلا يُوجِبُ بمُجَرَّدِه شيئا ، كالبَيْعِ الباطِلِ . وهكذا سائرُ الأَنْكِحةِ الفاسِدَةِ ، لا تُوجِبُ بمُجَرَّدِها شيئا . الحال الثانى ، أن يُصِيبَها ، فالصحيحُ فى[2] المَذْهَبِ أنَّ المَهْرَ يَجِبُ . رَواه عنه جماعةٌ . ورَوَى عنه حَنْبلٌ ، أنَّه لا مَهْرَ لها إذا تَزَوَّجَ العَبْدُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِه . وهذا يُمْكِنُ حَمْلُه على ما قَبْلَ الدُّخُولِ ، فيكونُ موافِقًا لروايةِ الجماعةِ ، ويُمْكِنُ حَمْلُه على عُمُومِه فى عَدَمِ الصَّدَاقِ . وهو قولُ ابنِ عمرَ . رَوَاه الأَثْرَمُ ، عن نافعٍ ، قال : كان إذا تَزَوَّجَ مَمْلُوكٌ لابنِ عمرَ بغيرِ إِذْنِه ، جَلَدَه الحَدَّ ، وقال للمرأةِ : إِنَّكِ أَبَحْتِ فَرْجَكِ . وأَبْطَلَ صَدَاقَها[3] . ووَجْهُه أنَّه وَطِئَ امْرأةً مُطاوِعةً فى غيرِ نِكاحٍ صحيحٍ ، فلم يَجِبْ به مَهْرٌ ، كالمُطاوِعةِ على الزِّنَى . قال القاضى : هذا إذا كانا عالِمَيْنِ بالتَّحْرِيمِ ، فأمَّا إن جَهِلَتِ المرأةُ ذلك ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّه لا يَنْقُصُ عن وَطْءِ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « ورواه » .

(٦) فى م : « أبى عمر » . خطأ .

(٧) انظر : سنن أبى داود ، الموضع السابق .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى م : « من » .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح العبد بغير إذن مالكه ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده وقال : إن تزوج فهو عاهر ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٦١ ، ٢٦٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب العبد يتزوج بغير إذن سيده . السنن ١ / ٢٠٧ .

الشُّبهةِ ، ويُمْكِنُ حَمْلُ هذه الرِّوايةِ على أنَّه لا مَهْرَ لها فى الحالِ ، بل يَجبُ فى ذِمَّةِ العَبْدِ يُتْبَعُ[4] به بعدَ العِتْقِ . وهو قولُ الشافعىِّ الجديدُ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ لَزِمَ[5] برِضَى مَنْ له الحَقُّ ، فكان مَحلُّه الذِّمَّةَ ، كالدَّيْنِ . والصَّحيحُ أن المَهْرَ واجبٌ ؛ لقولِه عليه السلام : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَها بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّها ، فَنِكَاحُها بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »[6] . وهذا قد استَحلَّ فَرْجَها ، فيكونُ مَهْرُها عليه ، ولأنَّه استَوْفَى مَنافِعَ البُضْعِ باسْمِ النِّكاحِ ، فكان المَهْرُ واجبًا ، كسائرِ الأَنْكِحَةِ الفاسدةِ .

الفصل الثانى : أن المَهْرَ يتعلَّقُ برَقَبَتِه ، يُباعُ فيه إلَّا أن[7] يَفْدِيَهُ السَّيِّدُ . وقد ذكَرْنا احتمالًا آخرَ ، أنَّه يتعلَّقُ بِذِمَّةِ العَبْدِ . والأوَّلُ أظْهَرُ[8] ؛ لأنَّ[9] الوَطْءَ أُجْرِىَ مُجْرَى الجِنايةِ المُوجِبَةِ للضَّمانِ بغير إذْنِ المَوْلَى ، ولذلك وَجَبَ المَهْرُ هٰهُنا ، وفى سائرِ الأنْكِحةِ الفاسدةِ ، ولو لم تَجْرِ مَجْرَاها ما وَجَبَ شىءٌ ؛ لأنَّه بِرِضَى المُسْتَحِقِّ . واللهُ أعلمُ .

٣١/٧و **الفصل الثالث** : أنَّ الواجِبَ من المَهْرِ خُمْساه . وهو قولُ عثمانَ بن عَفَّان ، / رَضِىَ اللهُ عنه . وعَمِلَ به أبو مُوسَى . وعن أحمدَ ، أنَّها إن عَلِمَتْ أنَّه عَبْدٌ ، فلها خُمْسَا المَهْرِ ، وإن[10] لم تَعْلَمْ ، فلها المَهْرُ فى رَقَبةِ العَبْدِ . وعنه أنَّ الواجبَ مَهْرُ المِثْلِ . وهو قولُ أكثرِ الفقهاءِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يُوجِبُ المَهْرَ ، فأَوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ بكَمالِه ، كالوَطْءِ فى

---

(٤) فى م : « تتفع » .

(٥) فى م : « لزمه » .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٥ .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى الأصل : « أصح وأظهر » .

(٩) فى م : « إلا أن » .

(١٠) فى الأصل ، ا ، م : « وإذا » .

النِّكاحِ بلا وَلِيٍّ ، وفى سائرِ الأنْكِحَةِ الفاسدةِ . ووَجْهُ الأُولَى ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، بإسْنادِه عن خِلَاسٍ[11] ، أن غُلامًا لأبى مُوسَى تزوَّجَ بمَوْلَاةِ تيجانَ التَّيْمِىِّ ، بغيرِ إذْنِ أبى مُوسَى ، فكَتَبَ فى ذلك إلى عُثمانَ[12] بنِ عَفَّانَ[12] ، فكَتَبَ إليه عثمانُ[13] ، أن فَرِّقْ بينهما ، وخُذْ لها الخُمْسَيْنِ من صَدَاقِها . وكان صَداقُها خَمْسةَ أبْعِرَةٍ[14] . ولأنَّ المَهْرَ أحَدُ مُوجِبَىِ الوَطْءِ ، فجازَ أن يَنْقُصَ العَبْدُ فيه عن الحُرِّ كالحَدِّ[15] ؛ أو أحَدُ العِوَضَيْنِ فى النِّكاحِ ، فيَنْقُصُ[16] العَبْدُ ، كعَدَدِ المَنْكُوحاتِ .

الفصل الرابع : أنَّه يَجِبُ خُمْسَا المُسَمَّى ؛ لأنَّه صار فيه إلى قِصَّةِ عُثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وظاهِرُها أنَّه أوْجَبَ خُمْسَيِ المُسَمَّى ، ولهذا قال : وكان صَداقُها خَمْسةَ أبْعِرَةٍ . ولأنَّه لو اعْتَبَرَ مَهْرَ المِثْلِ أوْجَبَ جَمِيعَه ، كسائرِ قِيَمِ المُتْلَفاتِ ، ولأوْجَبَ القِيمةَ ، وهى الأثْمانُ دون الأبْعِرَةِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه[17] يَجِبُ خُمْسَا مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن جِنايةٍ ، فكان المَرْجِعُ فيه إلى قِيمَةِ المَحَلِّ ، كسائرِ أُرُوشِ الجِناياتِ ، وقِيمَةُ المَحَلِّ مَهْرُ المِثْلِ .

الفصل الخامس : أنَّ الواجِبَ إن كان زائِدًا على قِيمةِ العَبْدِ ، لم تَلْزَمِ السَّيِّدَ الزِّيادةُ ؛ لأنَّ الواجِبَ عليه ما يُقابِلُ قِيمةَ العَبْدِ ؛ بدليلِ أنَّه لو سَلَّمَ العَبْدَ لم يَلْزَمْه شىءٌ ، فإذا أعْطَى

---

(11) فى النسخ : « حلاس » . وهو خلاس بن عمرو الهجرى البصرى ، تابعى ثقة ، توفى قبيل المائة . تهذيب التهذيب ٣/١٧٦-١٧٨ .

(12-12) سقط من : م .

(13) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(14) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح العبد بغير إذن سيده ، من كتاب الطلاق المصنف ٧/٢٤٣ ، ٢٤٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن مولاه فيعطى الصداق فيعلم به ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(15) فى ا ، م زيادة : « فيه » .

(16) فى الأصل : « فنقص » .

(17) فى الأصل : « أن » .

القِيمةَ فقد أعْطَى ما يُقابِلُ الرَّقَبةَ ، فلم تَلْزَمْه زِيادةٌ عليه . وإن كان الواجِبُ أقلَّ من قِيمةِ العَبْدِ ، لم يَلْزَمْه أكثرُ من ذلك ؛ لأنَّه أرْشُ الجِنايةِ ، فلا يَجبُ عليه أكثرُ منها ، والْخِيَرَةُ فى تَسْلِيمِ العَبْدِ وفِدَائِه إلى السَّيِّدِ . وهذا قد ذكَرْناه فى غيرِ هذا المَوْضِعِ بأبْيَنَ مِن هذا .

فصل : إذا أَذِنَ السَّيِّدُ لعَبْدِه فى تَزْوِيجِه بمُعَيَّنةٍ ، أو من بَلَدٍ مُعَيَّنٍ ، أو من جِنْسٍ مُعَيَّنٍ ، فنَكَحَ غيرَ ذلك ، فنِكاحُه فاسِدٌ ، والحكمُ فيه كما ذكَرْنا . وإن أذِنَ له فى تزويجٍ صَحِيحٍ ، فنَكَحَ نِكاحًا فاسدًا ، فكذلك ؛ لأنَّه غيرُ مأذُونٍ له فيه . وإن أَذِنَ له فى النِّكاحِ ، وأطْلَقَ ، فنَكَحَ نِكاحًا فاسِدًا ، احْتَمَلَ أن يكونَ كذلك ؛ لأنَّ الإذْنَ فى النِّكاحِ لا يَتَناوَلُ الفاسِدَ ، واحْتَمَلَ أن يَتَناوَلَه إذْنُه ؛ لأنَّ اللَّفْظَ بإطْلاقِه يتَناوَلُه . وإن أذِنَ لَه فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، وحَصَلَتِ الإصابةُ فيه ، فعلى سَيِّدِه جميعُ المَهْرِ ؛ لأنَّه / بإذْنِه . واللهُ أعلم . ٣١/٧ ظ

١١٣٢ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا تَزَوَّجَ الْأَمَةَ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَأَصَابَهَا ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ أنْ يَفْدِيَهُم ، والْمَهْرُ الْمُسَمَّى ، ويَرْجِعُ**[1] **بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، ويُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا إنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ أنْ يَنْكِحَ الْإمَاءَ ، وَإنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ أنْ يَنْكِحَ ، فَرَضِيَ بِالْمُقَامِ ، فَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ الرِّضَى فَهُوَ رَقِيقٌ**)

فى هذه المسألة ستةُ فُصُولٍ :

أحدها : أنَّ النِّكاحَ لا يَفْسُدُ بالغُرُورِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعيُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه : يَفْسُدُ ؛ لأنَّه عَقَدَ على حُرّةٍ ، ولم يُوجَدْ ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ هذا الفرَسَ . فإذا هو حِمارٌ . ولَنا ، أنَّ المَعْقُودَ عليه فى النِّكاحِ الشَّخْصُ دُونَ الصِّفاتِ ، فلا يُؤَثِّرُ عَدَمُها فى صِحّتِه ، كما لو قالَ : زَوَّجْتُكَ هذه البيضاءَ . فإذا هى سَوْداءُ . أو هذه الحَسْناءَ . فإذا هى شَوْهاءُ . وكذا يقولُ فى الأصْلِ الذى ذكَرَه : إنَّ العَقْدَ[2] صَحِيحٌ ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل : « فيرجع » .

(٢) فى م زيادة : « الذى ذكروه » .

المَعْقُودَ عليه العَيْنُ المُشارُ إليها . وإن سَلَّمْناه ، فالفَرْقُ بينهما من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ ثَمَّ فائتِ الذاتُ ، فإنَّ ذاتَ الفَرَسِ غيرُ ذاتِ الحِمارِ ، وهـٰهُنا اخْتَلَفا فى الصِّفَاتِ . والثانى ، أنَّ البَيْعَ يُؤثِّرُ فيه فَوَاتُ الصِّفاتِ ، بدَلِيلِ أنَّه يُرَدُّ بفَوَاتِ أىِّ شىءٍ كان فيه نَفْعٌ منها ، والنكاحُ بخِلَافِه .

الفصل الثانى : أن أوْلادَه منها أحْرارٌ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَها . فكان أوْلادُه[3] أحْرارًا ؛ لاعْتِقادِه ما يَقْتَضِى حُرِّيَّتَهُم ، كما لو اشْتَرَى أَمَةً يَظُنُّها[4] مِلْكًا لبائِعِها ، فبانتْ مَغْصُوبةً بعدَ أن أوْلَدَها .

الفصل الثالث : أنَّ على الزَّوْجِ فِداءَ أوْلادِه . كذلك قَضَى عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ ، رضى اللهُ عنهم . وهو قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ[5] ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أخرى ، ليس عليه فِداؤُهم ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَنْعَقِدُ حُرَّ الأصْلِ ، فلم يَضْمَنْه لسَيِّدِ الأَمَةِ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه . وعنه أنَّه يُقالُ له : افْتَدِ[6] أوْلادَكَ ، وإلَّا فهم يَتْبَعُونَ الأُمَّ[7] . فظاهِرُ هذا أنَّه خَيَّرَه بين فِدائِهم وبينَ تَرْكِهم رَقِيقًا ؛ لأنَّهم رَقِيقٌ بحُكْمِ الأصْلِ ، فلم يَلْزَمْه فِداؤُهم ، كما لو وَطِئَها وهو يَعْلَمُ رِقَّها . وقال الخَلَّالُ : اتَّفَقَ[8] عن أبى عبدِ اللهِ أنَّه يَفْدِى وَلَدَه . وقال إسحاقُ عنه فى موضعٍ : إنَّ الوَلَدَ له ، وليس عليه أن يَفْدِيَهُم . وأحْسَبُه قولًا[9] أوَّلَ لأبى عبدِ اللهِ . والصَّحيحُ أن عليه فِداءَهم ؛ لقَضاءِ الصَّحابةِ رَضِىَ اللهُ عنهم به ، ولأنَّه نَماءُ الأَمَةِ المَمْلُوكةِ ، فسَبِيلُه أن يكونَ مَمْلُوكًا لمالِكِها . وقد فَوَّتَ رِقَّه باعْتِقادِ الحُرِّيَّةِ ، فلَزِمَه ضَمانُهم ، كما لو فَوَّتَ رِقَّهُم بفِعْلِه .

---

(٣) فى الأصل ، ا ، ب : « ولده » .
(٤) فى م : « يعتقدها » .
(٥) سقط من : م .
(٦) فى م : « افد » .
(٧) فى م : « أمهم » .
(٨) أى النقل .
(٩) فى ب : « أنه قول » .

وفى[10] فِدائِهم ثلاثُ مَسائلَ ؛ الأُولَى ، فى وَقْتِه ، وذلك حينَ وَضْعِ الوَلَدِ . قَضَى بذلك عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال أبو ثَوْرٍ / ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : يَضْمَنُهُم بقِيمَتِهِم يومَ الخُصُومةِ ؛ لأنَّه إنَّما يَضْمَنُهم بالمَنْعِ ، ولم يَمْنَعْهُم إلَّا حالَ الخُصُومةِ . ولَنا ، أنَّه مَحْكومٌ بحُرِّيَّته عندَ الوَضْعِ ، فوَجَبَ أن يَضْمَنَه حِينَئِذٍ[11] ؛ لأنَّه فات رِقُّه من حِينئذٍ ، ولأنَّ القِيمةَ التى تَزِيدُ بعدَ الوَضْعِ ، لم تكُنْ مَمْلوكةً لمالِكِ الأَمَةِ ، فلم يَضْمَنْها ، كما بعدَ الخُصُومةِ . فإن قِيلَ : فقد كان مَحْكُومًا بحُرِّيَّته ، وهو جَنِينٌ[12] . قُلْنا : إلَّا أنَّه لم يُمْكِنْ تَضْمِينُه حينئذٍ ، لعَدَمِ قِيمَتِه والاطِّلاعِ عليه ، فأوْجَبْنا ضَمانَه فى أوَّلِ حالٍ أمْكَنَ[13] تَضْمِينُه ، وهو حالُ الوَضْعِ . المسألة الثانية ، فى صِفَةِ الفِداءِ ، وفيها ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، بقِيمَتِهم . وهو قولُ أكثرِ الفقهاءِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ »[14] . ولأنَّ الحَيوانَ من المُتَقَوَّماتِ ، لا مِنْ ذَوَاتِ[15] الأمْثالِ ، فيَجِبُ ضَمانُه بقِيمَتِه ، كما لو أتْلَفَه . والثانية ، يَضْمَنُهُم بمِثْلِهِم عَبِيدًا ، الذَّكَرُ بذَكَرٍ ، والأُنْثَى بأُنْثَى ؛ لما رَوَى سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، قال : أبَقَتْ جارِيةٌ لرَجُلٍ من العَرَبِ ، وانْتَمَتْ إلى بعضِ العَرَبِ ، فتزَوَّجَها رَجُلٌ من بَنِى عُذْرَةَ ، ثم إنَّ سَيِّدَها دَبَّ ، فاسْتاقَها واسْتاقَ وَلَدَها ، فاخْتَصَمُوا إلى عمرَ[16] بن الخَطَّابِ[16] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقَضَى للعُذْرِىِّ بفِداءِ وَلَدِه بغُرَّةٍ غُرَّةٍ ؛ مَكانَ كلِّ غُلَامٍ بغُلَامٍ[17] ، ومَكانَ كلِّ جارِيةٍ بجارِيةٍ ،

(١٠) سقطت الواو من : م .

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) فى ب ، م : « حين » .

(١٣) فى م : « يمكن » .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٣٦٢ .

(١٥) فى ا : « ذوى » .

(١٦ - ١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : م .

وكان عمرُ يُقوِّمُ الغُرَّةَ على أهلِ القُرَى ومَنْ لم يَجِدْ غُرَّةً سِتِّينَ دِينارًا . ولأنَّ وَلَدَ المَغْرُورِ حُرٌّ ، فلا يُضْمَنُ بقِيمَتِه كسائرِ الأحْرارِ . فعلى هذه الرِّواية يَنْبَغِى أن يُنْظَرَ إلى مِثْلِهم فى الصِّفاتِ تقريبًا ؛ لأنَّ الحيوانَ ليس من ذَواتِ الأمْثالِ . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ مِثْلُهم فى القِيمةِ . وهو قولُ أبى بكرٍ . والثالثة ، هو مُخيَّرٌ بين فِدائِهم بمِثْلِهم أو قِيمَتِهم . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ المَيْمُونِىِّ : إمَّا القِيمةُ أو رَأسٌ برَأْسٍ ؛ لأنَّهما جميعا يُرْوَيانِ عن عمرَ ، ولكن لا أدْرِى أىَّ الإسْنادَيْنِ أقْوَى . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . وقال فى « المُقْنِعِ » : الفِدْيَةُ [18] غُرَّةٌ[19] بقَدْرِ القِيمةِ[18] أو القِيمَة ، وأيُّهما[20] أعْطَى أجْزَأه[21] . ووَجْهُ ذلك أنَّه تَرَدَّدَ بين الجَنِينِ الذى يُضْمَنُ بغُرَّةٍ ، وبين إلْحاقِه بغيرِه من المَضْمُوناتِ ، فاقْتَضَى التَّخْيِيرَ بينهما . والصحيحُ أنَّه يُضْمَنُ بالقِيمةِ ، كسائرِ المَضْمُوناتِ المُتَقَوَّماتِ . وقولُ عمرَ قد اخْتُلِفَ عنه[22] فيه ، قال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى طالبٍ : وعليه قِيمَتُهُم مثل قولِ عمرَ . وإذا تعارَضَتِ الرِّواياتُ عنه ، وَجَبَ الرُّجُوعُ إلى القِيَاسِ . المسألة الثالثة : فى مَن يُضْمَنُ منهم ، وهو مَنْ وُلِدَ / حَيًّا لِوَقْتٍ يعيشُ لمِثْلِه ، سواءٌ عاشَ أو ماتَ بعدَ ذلك . ٣٢/٧ظ
وقال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : لا ضَمانَ على الأبِ لمن ماتَ منهم قبلَ الخُصُومةِ . وهذا مَبْنِىٌّ[23] على وَقْتِ الضمانِ ، وقد ذكَرْناه . فأمَّا السِّقْطُ ، ومَنْ وُلِدَ لِوَقْتٍ لا يَعِيشُ لِمِثْلِه[24] ، وهو دون سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فلا ضَمانَ له[25] ؛ لأنَّه لا قِيمةَ له .

(١٨-١٨) سقط من : الأصل .
(١٩) فى م زيادة : « بغرة » .
(٢٠) فى ا ، ب ، م : « وأيها » .
(٢١) فى الأصل ، ا : « أجزأ » .
(٢٢) سقط من : الأصل
(٢٣) فى الأصل ، ب : « ينبنى » .
(٢٤) فى ب ، م : « فى مثله » .
(٢٥) سقط من : ا ، ب ، م .

الفصل الرابع : فى المَهْرِ ، ولا يَخْلُو من[26] أن يكونَ ممَّن يَجُوزُ له نِكَاحُ الإمَاءِ أو لا ؛ فإن كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ ، وقد نَكَحَها نِكاحًا صحيحًا ، فلها المُسَمَّى ، وإن لم يَدْخُلْ بها واختارَ الفَسْخَ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ تَعَذَّرَ من جِهَتِها ، فهى كالمَعِيبةِ يُفْسَخُ نِكَاحُها . وإن كان ممَّن لا يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، فالعَقْدُ فاسدٌ من أصْلِه ، ولا مَهْرَ فيه قبل الدُّخولِ . فإنْ دَخَلَ بها ، فعليه مَهْرُها . وهل يجبُ المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على روايتَيْنِ ، ذكَرْناهما فيما مضى . وكذلك إن كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، لكن تَزَوَّجها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، أو نحو[27] ذلك مما يَفْسُدُ به النِّكاحُ .

الفصل الخامس : أنَّه يَرْجِعُ بما غَرِمَه على مَن غَرَّه ، من[28] المَهْرِ وقِيمةِ الأوْلادِ . هذا اخْتِيارُ[29] الْخِرَقِىِّ ، وروايةٌ عن أحمدَ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : كذلك قَضَى عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ . وبه قال الشافعىُّ فى القديمِ . والروايةُ الأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ بالمَهْرِ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . قال : وهو قولُ علىٍّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى الجديدِ ؛ لأنَّه وَجَبَ عليه فى مُقابَلةِ نَفْعٍ وَصَلَ إليه ، وهو الوطءُ ، فلم يَرْجِعْ به[30] ، كما لو اشْتَرَى مَغْصُوبًا فأكَلَه ، بخلافِ قِيمةِ الوَلَدِ ، فإنَّها[31] لم تَحْصُلْ فى مُقَابلةِ[32] عِوَضٍ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ بحُرِّيَّةِ الوَلَدِ ، وحُرِّيَّةُ الولدِ للوَلَدِ لا لأبِيه . قال

---

(26) سقط من : م .

(27) فى الأصل : « ونحو » .

(28) فى ا ، م : « فى » .

(29) فى م : « اختاره » .

(30) سقط من : الأصل .

(31) فى الأصل ، ب : « فإنه » .

(32) فى ب : « مقابلته » .

القاضى : والمذهبُ أنَّه يَرْجِعُ بالمَهْرِ ؛ لأنَّ أحمدَ قال : كنتُ أذهبُ إلى حديثِ علىٍّ ، ثم كأنِّى هِبْتُه ، وكأنى أميلُ إلى حديثِ عمرَ . يعنى فى الرُّجُوعِ . ولأنَّ العاقدَ ضَمِنَ له سلامةَ الوَطْءِ ، كما ضَمِنَ له سلامةَ الوَلَدِ ، فكما يَرْجِعُ عليه بقيمةِ الولدِ كذلك يرجعُ بالمَهْرِ . قال[٣٣] : وعلى هذا الأصلِ يَرْجِعُ بأُجْرةِ الخِدْمةِ إذا غَرِمَها ، كما يرجعُ بالمَهْرِ ، ولا أعْرِفُ عن أصحابِنا بينهما فَرْقًا[٣٤] . إذا ثَبتَ هذا ، فإن كان الغُرورُ من السَّيِّدِ فقال : هى حُرَّةٌ . عَتَقَتْ . وإن كان بلَفْظٍ غيرِ هذا ، لم تَثْبُتْ به الْحُرِّيَّةُ ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه لا فائدةَ فى أن[٣٥] يَجبَ له ما يَرْجِعُ به عليه . وإن كان الغرورُ من وَكِيلِه ، رَجَعَ عليه فى الحالِ . وإن كان من أجنبىٍّ ، رَجَعَ عليه أيضًا . وإن كان منها[٣٦] ، فليس لها فى الحالِ مالٌ ، فيَتَخَرَّجُ فيها وجهان ، بِناءً على دَيْنِ العبدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، هل / يَتَعلَّقُ برَقَبَتِه أو بذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ؟ قال القاضى : قياسُ قولِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّه يتعلَّقُ بذِمَّتِها ؛ لأنَّه قال فى الأَمَةِ إذا خالَعَتْ زَوْجَها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها : يَتْبَعُها به إذا عَتَقَتْ . كذا هٰهُنا ، ويَتْبَعُها بجَمِيعِه . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ الغُرورَ إذا كان من الأَمَةِ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ فإنَّه قال : إذا جاءتِ الأَمَةُ فقالت : إنِّى حُرَّةٌ . فوَلَّتْ أمْرَها رَجُلًا ، فزَوَّجَها من رَجُلٍ ، ثم ظَهَرَ عليها مَوْلَاها ، قال : فِكَاكُ وَلَدِه على الأبِ ؛ لأنَّه لم يَغُرَّهُ أحدٌ . وأمَّا إذا غَرَّهُ رَجُلٌ ، فزَوَّجَها على أنَّها حُرَّةٌ ، فالفِداءُ على مَن غَرَّهُ . يُرْوَى[٣٧] هذا عن علىٍّ ، وإبراهيمَ ، وحَمَّادٍ . وكذلك قال الشَّعْبِىُّ . وإن قُلْنا : يَتعلَّقُ برقَبَتِها . فالسَّيِّدُ مُخيَّرٌ بين فِدائِها بقِيمَتِها إن كانت أقَلَّ ممَّا يَرْجِعُ به عليها ، أو يُسلِّمُها ، فإن اختارَ فِداءَها بقِيمَتِها ، سَقَطَ قَدْرُ ذلك عن الزَّوْجِ ، فإنَّه لا فائدةَ فى أن نُوجِبَه عليه ثم نَرُدَّه إليه . وإن اختار تَسْلِيمَها ، سَلَّمَها ، وأخَذَ ما وَجَبَ له . وذكَرَ القاضى أنَّ الغُرورَ المُوجِبَ للرُّجُوعِ ، أن يكونَ اشتِراطُ الحُرِّيَّةِ مُقارِنًا للعَقْدِ ، فيقول : زَوَّجْتُكَها على أنَّها

٣٣/٧و

---

(٣٣) سقط من : ا ، ب .

(٣٤) فى ب ، م زيادة : « قال » .

(٣٥) فى الأصل : « أنه » .

(٣٦) فى ا : « منهما » .

(٣٧) فى الأصل : « روى » .

حُرَّةٌ . فإن لم تكُنْ كذلك ، لم تَمْلِكِ الفَسْخَ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . والصحيحُ خِلافُ هذا ، فإنَّ[٣٨] الصحابةَ الذين قَضَوْا بالرُّجُوعِ ، لم يُفَرِّقُوا بين أنواعِ الغُرُورِ ، ولم يَسْتَفْصِلُوا ، والظَّاهرُ أنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ هكذا ، ولم تَجْرِ العادةُ به فى العُقُودِ ، فلا يجوزُ حَمْلُ قَضائِهِم المُطْلَقِ على صُورةٍ نادرةٍ لم تُنْقَلْ ، ولأنَّ الغُرُورَ قد يكونُ من المَرْأةِ ، ولا لَفْظَ لها فى العَقْدِ ، ولأنَّه متى أخْبَرَه بحُرِّيَّتِها ، أو أوْهَمَه ذلك بقرائِنَ تُغَلِّبُ على ظَنِّه حُرِّيَّتَها ، فنَكَحَها على ذلك ، ورَغِبَ فيها بِناءً عليه ، وأصْدَقَها صَداقَ الحَرائرِ ، ثم لَزِمَه الغُرْمُ ، فقد[٣٩] اسْتَضَرَّ بِناءً على قولِ المُخْبِرِ له والغَارِّ ، فتَجِبُ إزالةُ الضَّرَرِ عنه ، بإثْباتِ الرُّجُوعِ على مَنْ غَرَّه وأضَرَّ به . فعلى هذا ، إن كان الغُرُورُ من اثْنَيْنِ أو أكْثَرَ ، فالرجوعُ على جَمِيعِهِم ، وإن كان الغُرُورُ[٤٠] منها ومن الوَكِيلِ ، فعلى كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُه . واللهُ أعلم .

الفصل السادس : أنَّ الزَّوْجَ إن كان مِمَّنْ يَحْرُمُ عليه نِكاحُ الإماءِ ، وهو من[٤١] يَجِدُ الطَّوْلَ ، أو لا يَخْشَى العَنَتَ ، فإنَّه يُفَرَّقُ بينهما ؛ لأنَّنا بَيَّنَّا أنَّ النِّكاحَ فاسِدٌ من أصْلِه ؛ لعَدَمِ شَرْطِه . وهكذا لو كان تَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، أو اخْتَلَّ شرطٌ من شُروطِ النِّكاحِ ، فهو فاسدٌ ، يُفَرَّقُ بينهما . والحكمُ فى الرُّجُوعِ على ما ذكَرْنا . وإن كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، وكانت شَرَائِطُ النِّكاحِ مُجْتَمِعةً ، فالعقدُ صحيحٌ ، وللزَّوْجِ الخِيارُ بين الفَسْخِ / والمُقامِ على النِّكاحِ . وهذا معنى قولِ الْخِرَقِىِّ : « فرَضِىَ بالْمُقامِ » معها [٤٢]على النِّكاحِ[٤٢] ، وهذا[٤٣] الظَّاهرُ من مذهبِ الشافعىِّ . وقال

٣٣/٧ظ

(٣٨) فى م : « قال لأن » .

(٣٩) فى ب : « قد » .

(٤٠) فى ب ، م : « الغرر » .

(٤١) فى ا ، ب ، م : « ممن » .

(٤٢ - ٤٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب . وكلام الخرقى ينتهى عند علامة التنصيص السابقة .

(٤٣) فى ب : « وهو » .

أبو حنيفةَ : لا خِيارَ له ؛ لأنَّ الكَفاءةَ غيرُ مُعْتَبَرةٍ فى جانبِ المَرْأةِ ، ولأنَّه[44] يَمْلِكُ الطَّلاقَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ غُرَّ فيه أحدُ الزَّوْجَيْنِ بحُرِّيَّةِ الآخَرِ ، فثَبَتَ له الخِيارُ كالآخَرِ[45] ، ولأنَّ[46] الكفاءةَ وإن لم تُعْتَبَرْ فإنَّ عليه ضَرَرًا فى اسْتِرْقاقِ وَلَدِه ، ورِقِّ امْرَأتِه ، وذلك أعْظَمُ من فَقْدِ الكَفاءةِ . وأمَّا الطَّلاقُ فلا يَنْدَفِعُ[47] به الضَّرَرُ ؛ فإنَّه يُسْقِطُ[48] نِصْفَ المُسَمَّى ، والفَسْخُ يُسْقِطُ جَمِيعَه ، فإذا فَسَخَ قبلَ الدُّخُولِ فلا مَهْرَ لها ، وإن رَضِىَ بالمُقامِ معها ، فله ذلك ؛ لأنَّه يَحِلُّ له نِكاحُ الإِماءِ ، وما وَلَدَتْ بعدَ ذلك فهو رَقِيقٌ لسَيِّدِها ؛ لأنَّ المانِعَ من رِقِّهِم فى الغُرُورِ اعْتِقادُ الزَّوْجِ حُرِّيَّتَها ، وقد زال ذلك بالعِلْمِ . ولو وَطِئَها قبلَ عِلْمِه ، فعَلِقَتْ منه ، ثم عَلِمَ قبلَ الوَضْعِ ، فهو حُرٌّ ؛ لأنَّه وَطِئَها يَعْتَقِدُ حُرِّيَّتَها .

فصل : والحكمُ فى المُدَبَّرةِ وأُمِّ الوَلَدِ والمُعْتَقةِ بصِفَةٍ ، كالأَمَةِ القِنِّ ؛ لأنَّها ناقِصةٌ بالرِّقِّ ، إلَّا أنَّ وَلَدَ أُمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرةِ يُقَوَّمُ كأنَّه عَبْدٌ له حُكْمُ أُمِّه ، وكذلك مَنْ أُعْتِقَ بعضُها ، إلَّا أنَّه إذا فَدَى الوَلَدَ ، لم يَلْزَمْهُ إلَّا فِداءُ ما فيه من الرِّقِّ ؛ لأنَّ بَقِيَّتَه حُرٌّ بحُرِّيَّةِ أُمِّه ، لا باعْتِقادِ الوَاطِئِ[49] . فإن كانت مُكَاتَبَةً فكذلك ، إلَّا أنَّ مَهْرَها ؛ لأنَّه مِن كَسْبِها ، وكَسْبُها لها . وتَجِبُ قِيمَةُ وَلَدِها ، على الرِّوايةِ المشهورةِ . قال أبو بكرٍ : ويكونُ ذلك لها تَسْتَعِينُ به فى كِتَابَتِها . فإن كان الغُرُورُ منها ، فلا شيءَ لها ، إذ لا فائدةَ فى إيجابِ شيءٍ لها يَرْجِعُ به عليها ، وإن كان الغُرُورُ من غيرِها ، غَرِمَه لها ، ويَرْجِعُ به[50] على مَنْ غَرَّه .

---

(44) فى ب ، م : « لأنه » .

(45) فى الأصل : « كالأحرار » .

(46) فى ب : « وإن » ، وفى م : « فإن » .

(47) فى ب : « يدفع » .

(48) فى م : « سقط » .

(49) فى ا ، م : « الوطء » .

(50) فى ا ، ب : « ورجع » .

فصل : ولا يَثْبُتُ أنَّها أَمَةٌ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، فإن أقامَ[٥١] بذلك بَيِّنةً ، ثَبَتَ . وإن أَقَرَّتْ أنَّها أمَةٌ ، فقال أحمدُ ، في روايةِ أبي الحارثِ : لا يَسْتَحِقُّها بإقْرارِها ؛ وذلك لأنَّ إقْرارَها يُزِيلُ النِّكاحَ عنها ، ويُثْبِتُ حقًّا على غيرِها ، فلم يُقْبَلْ ، كإقْرارِها بمالٍ على غيرِها . وقال ، في روايةِ حَنْبَلٍ : لا شيءَ له حتى يُثْبِتَ ، أو تُقِرَّ هي أنها أمَتُه[٥٢] . فظاهِرُ هذا أنَّه يُقْبَلُ إقْرارُها ؛ لأنَّها مُقِرَّةٌ على نفسِها بالرِّقِّ ، أشْبَهَ غيرَ الزَّوْجةِ . والأوَّلُ أَوْلَى . ولا نُسَلِّمُ أنَّه يُقْبَلُ من غيرِ ذاتِ الزَّوْجِ إقْرارُها بالرِّقِّ بعدَ إقْرارِها بالحُرِّيَّةِ ؛ لأنَّها أقَرَّتْ بما يَتَعَلَّقُ به حَقُّ اللهِ تعالى .

فصل : إذا حَمَلَتِ المَغْرُورُ بها ، فضَرَبَ بَطْنَها ضارِبٌ ، فألْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، فعلى الضاربِ غُرَّةٌ ؛ لأنَّ هذا الجَنِينَ محكومٌ بحُرِّيَّتِه / ، ويَرِثُها ورَثَتُه مَنْ كانوا ، وعلى الضَّاربِ كَفَّارةُ القَتْلِ . وإن كان الضاربُ أباه ، لم يَرِثْه ، ووَرِثَه أقارِبُه . ولا يَجِبُ بَدْلُ هذا الولدِ للسَّيِّدِ ؛ لأنَّه إنَّما يستَحِقُّ بَدْلَ حَيٍّ ، وهذا مَيِّتٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ له عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّ الواطِئَ فَوَّتَ ذلك عليه باعْتِقادِ الحُرِّيةِ ، ولَوْلاه لَوَجَبَ له ذلك .

٣٤/٧و

فصل : إذا تَزَوَّجتِ المرأةُ عبدًا على أنَّه حُرٌّ ، فالنِّكاحُ صحيحٌ . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلَيِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ اخْتِلافَ الصِّفَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ العقدِ ، كما لو تَزَوَّجَ أَمَةً على أنَّها حُرَّةٌ . وهذا إذا كَمَلَتْ شُرُوطُ النِّكاحِ ، وكان ذلك بإذْنِ سَيِّدِه . وإن كانت المرأةُ حُرَّةً ، وقُلْنا : الحُرِّيةُ ليست من شُرُوطِ الكَفاءةِ . أو أنَّ فَقْدَ الكفاءةِ لا يُبْطِلُ النكاحَ . فهو صحيحٌ ، وللمَرْأةِ الخِيارُ بين الفَسْخِ والإمْضاءِ ، فإن اختارتْ إمْضاءَه ، فلأَوْلِيائِها الاعْتراضُ عليها لعَدَمِ الكَفاءةِ . وإن كانت أَمَةً فينْبَغِي أن يكونَ لها الخِيارُ أيضا ؛ لأنَّه لمَّا ثَبَتَ الخِيارُ للعَبْدِ إذا غُرَّ بأَمَةٍ[٥٣] ، ثَبَتَ للأَمَةِ إذا غُرَّتْ بعَبْدٍ . وكلُّ

---

(٥١) في م : « قام » .

(٥٢) في م : « أمة » .

(٥٣) في ا ، ب ، م : « من أمة » .

مَوْضِعٍ حَكَمْنا بفَسادِ العَقْدِ ففُرِّقَ بينهما قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها ، وإن كان بعدَه فلها مَهْرُ المِثْلِ ، أو المُسَمَّى ، على ما قدَّمْنا من الاخْتِلافِ . وكلُّ مَوْضِعٍ فُسِخَ النِّكاحُ مع القولِ بصِحَّتِه قبلَ الدُّخولِ ، فلا شيءَ لها ، وإن كان بعدَه فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه فَسْخٌ طَرَأَ على نِكاحٍ ، فأشْبَه الطَّلَاقَ .

فصل : فإن غَرَّها بنَسَبٍ ، فبَانَ دُونَه ، وكان ذلك مُخِلًّا بالكَفاءةِ ، وقُلْنا بصِحَّةِ النِّكاحِ ، فلها الخِيارُ ، فإن اختارتِ الإمْضاءَ ، فلأَوْلِيائِها الاعتِراضُ عليها ، وإن لم يُخِلَّ بالكَفاءةِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ ذلك ليس بمُعْتَبَرٍ في النكاحِ ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَتْه[54] فَقِيهًا ، فبانَ بخِلافِه . وكذلك إن شَرَطَتْ غيرَ النَّسَبِ ، فإن كان ممَّا يُعْتَبَرُ في الكَفاءةِ ، فهو كما لو تَبيَّنَ أنَّه غيرُ مُكافِئٍ لها في النَّسَبِ ، وإن لم يُعْتَبَرْ في الكَفاءةِ ، كالفِقْهِ والجَمالِ وأشْباه ذلك ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا يُؤَثِّرُ[55] في النِّكاحِ ، فلا يُؤَثِّرُ[56] اشْتِراطُه . وذُكِرَ فيما إذا بانَ نَسَبُه دونَ ما ذَكَرَهُ[57] وَجْهٌ[58] في ثُبوتِ الخِيارِ لها وإنْ[59] لم يُخِلَّ بالكَفاءةِ ، والأَوْلَى ما ذَكَرْناه . واللهُ أعلم .

١١٣٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ ، وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ المَغْرُورَ إذا كان عَبْدًا ، فوَلَدُه أحْرارٌ . وقال أبو حنيفةَ : يكونُ رَقِيقًا ؛

---

(٥٤) في م : « شرطه » .

(٥٥) في م : « يعتبر » .

(٥٦) في الأصل زيادة : « في » .

(٥٧) في م : « ذكر » .

(٥٨) في الأصل : « وجها » .

(٥٩) في م : « إن » .

لأنَّ أبوَيْه رَقِيقٌ . وليس ذلك بصَحِيحٍ ، فإنَّه وَطِئَها مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَها ، فكان وَلَدُه حُرًّا ، كوَلَدِ / الحُرِّ ، فإنَّ هذا هو العِلَّةُ المُقْتَضِيَةُ للحُرِّيَّةِ فى مَحَلِّ الوِفَاقِ ، ولولا ذلك لَكان رَقِيقًا ، فإنَّ عِلَّةَ رِقِّ الوَلَدِ رِقُّ الأُمِّ خاصَّةً ، ولا عِبْرَةَ بحالِ الأبِ ، بدَلِيلِ وَلَدِ الحُرِّ من الأَمَةِ ، ووَلَدِ الحُرَّةِ[1] من العَبْدِ . وعلى العَبْدِ فِداؤُهم ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّهم باعْتِقادِه وفِعْلِه ، ولا مالَ له فى الحالِ ، فيُخَرَّجُ فى ذلك وَجْهان ؛ أحدهما ، يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه بمَنْزِلَةِ جِنَايَتِه . والثانى ، بذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، بمَنْزِلَةِ عِوَضِ الخُلْعِ من الأَمَةِ إذا بَذَلَتْه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها . ويُفارِقُ الاسْتِدانةَ والجِنايةَ ؛ لأنَّه إذا اسْتَدانَ أتْلَفَ مالَ الغَرِيمِ ، فكان جِنايةً منه ، وههُنا لم يَجْنِ فى الأَوْلادِ جِنايةً ، وإنَّما عَتَقُوا من طَرِيقِ الحُكْمِ ، وما حَصَلَ له منهم عِوَضٌ ، فيكونُ ذلك فى ذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، ويَرْجِعُ به حين يَغْرَمُه ، فإنَّه لا يَنْبَغِى أن يَجِبَ له بَذْلُ مالم يَفُتْ عليه . وأمَّا الحُرِّيَّةُ فتُتَعَجَّلُ فى الحالِ . وإن قُلْنا : إنَّ[2] الفِداءَ يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وَجَبَ فى الحالِ ، ويَرْجِعُ به سَيِّدُه فى الحال ، ويَثْبُتُ للعبدِ الخِيارُ إذا عَلِمَ ، كما ثَبَتَ[3] للحُرِّ لمن يَحِلُّ له نِكاحُ الإِماءِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى رِقِّ وَلَدِه ، ونَقْصًا فى اسْتِمْتاعِه ، فإنَّها لا تَبِيتُ[4] معه لَيْلًا ونَهارًا ، ولم يَرْضَ به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ له خِيارٌ ؛ لأنَّه فَقَدَ صِفَةً لا مَنْقَصَ[5] بها عن رُتْبَتِه ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَ نَسَبَ امْرأةٍ فبانَتْ بخِلافِه ؛ لأنَّها مُساوِيةٌ لِنَسَبِه ، بخِلافِ تَغْرِيرِ الحُرِّ . وقال بعضُ الشَّافعيَّةِ : لا خِيارَ له ، قولًا واحدًا . وقال بعضُهم : فيه قَوْلان . والأَوْلَى ما ذَكَرْناه . وإذا اختارَ الإِقامةَ ، فالمَهْرُ واجِبٌ ، لا يَرْجِعُ به على أَحَدٍ . وإن اختارَ الفَسْخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ ، وإن كان بعدَه والنكاحُ بإذْنِ سيدِه ، فالمَهْرُ واجبٌ عليه ، وفى الرُّجُوعِ به خِلافٌ ذَكَرْناه فيما مضَى ، وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فالنكاحُ فاسدٌ ، فإن دَخَلَ بها ففى قَدْرِ ما يَجِبُ

٣٤/٧ ظ

---

(١) فى ا ، م : « الحر » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ب : « يثبت » .

(٤) فى ا ، ب : « تتبوأ » .

(٥) فى م : « ينقف » .

عليه[٦] وَجْهان ؛ أحدهما ، مَهْرُ المِثْلِ . والثانى ، الخُمْسانِ . وهل يَرْجِعُ به ؟ على وَجْهين .

فصل : فإن شَرَطَ أنَّها مُسْلِمةٌ ، فبانَتْ كافِرَةً ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ وضَرَرٌ يَتَعَدَّى إلى الوَلَدِ ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَها حُرَّةً فبانَتْ أمَةً .

فصل : فإن شَرَطَها بِكْرًا ، فبانَتْ ثَيِّبًا . فعن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ أمْرَيْنِ ؛ أحدهما ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يُرَدُّ فيه بعَيْبٍ سِوَى ثمانيةِ عُيُوبٍ ، فلا يُرَدُّ فيه[٧] بمُخالفةِ الشَّرْطِ . والثانى ، له الخِيارُ ؛ لأنَّه شَرَطَ صِفَةً مَقْصُودةً ، فبانَ خِلافُها ، فيَثْبُتُ[٨] له الخِيارُ ، كما لو شَرَطَ الحُرِّيَّةَ . وعلى هذا لو شَرَطَها / ذاتَ نَسَبٍ ، فبانَتْ دُونَه ، أو شَرَطَها بَيْضاءَ ، فبانَتْ سَوْداءَ ، أو شَرَطَها[٦] طَوِيلةً ، فبانَتْ قَصِيرةً ، أو حَسْناءَ فبانَتْ شَوْهاءَ ، خُرِّجَ فى ذلك كلِّه وَجْهان . ونحوُ هذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وقال أبو ثَوْرٍ : القِياسُ أنَّ له الرَّدَّ إن كان فيه اخْتِلافٌ ، وإن كان إجْماعًا فالإجْماعُ أوْلَى من النَّظَرِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعلمُ أحدًا وافقَ أبا ثَوْرٍ على مَقالَتِه . وممَّن ألْزَمَ الزَّوْجَ مَنْ هذه صِفَتُها الثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورَوَى الزُّهْرِىُّ ، أنَّ رَجُلًا تزَوَّجَ امرأةً ، فلم يَجِدْها عذْراءَ ، كانت الحَيْضةُ خَرَقَتْ عُذْرَتَها ، فأرْسَلَتْ إليه عائشةُ : إنَّ الحَيْضَةَ تُذْهِبُ العُذْرَةَ يَقِينًا[٩] . وعن الحسنِ ، والشَّعْبِىِّ ، وإبراهيمَ ، فى الرَّجُلِ إذا لم يَجِدِ امْرَأتَه عَذْراءَ : ليس عليه شىءٌ ، العُذْرَةُ تُذْهِبُها الوَثْبةُ ، وكَثْرةُ الحَيْضِ ، والتَّعَنُّسُ ، والحِمْلُ الثقيلُ . واللهُ أعلمُ .

٣٥/٧ و

---

(٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٧) فى ا ، ب ، م : « منه » .

(٨) فى الأصل : « فثبت » .

(٩) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الرجلان ينكحان أختين .... ، السنن ٢ / ٧٦ .

فصل : وإذا تزوَّجَ امرأةً يَظُنُّها حُرَّةً ، فبانَتْ أَمَةً ، أو يظنُّها مُسْلِمةً ، فبانتْ كافرةً ، أو تزوَّجتْ عَبْدًا تظنُّه حُرًّا ، فلهم الخِيارُ ، كما لو شَرَطُوا[10] ذلك . نصَّ عليه أحمدُ ، فى امْرأةٍ تَزَوَّجَتْ عبدًا تَظُنُّه حُرًّا ، فلها الخِيارُ . وقال الشافعىُّ ، فى الأَمَةِ : لا خِيارَ له . وفى الكافرةِ : له الخِيارُ . وقال بعضُهم فيهما جميعًا قَوْلان . ولَنا ، أنَّ بعضَ الرِّقِّ أعْظَمُ ضَرَرًا ، فإنَّه يُؤَثِّرُ فى رِقِّ وَلَدِه ، ويَمْنَعُ[11] كَمالَ اسْتِمْتاعِه ، فكان له الخِيارُ ، كما لو كانت كافرةً .

فصل : وإن شَرَطَها أَمَةً ، فبانَتْ حُرَّةً ، أو ذاتَ نَسَبٍ ، فبانتْ أشْرَفَ منه ، أو على صِفَةٍ دَنِيئةٍ ، فبانتْ خَيْرًا من شَرْطِه ، أو كافرةً ، فبانت مُسْلِمةً ، فلا خِيارَ له فى ذلك ؛ لأنَّه زِيادةٌ . وقال أبو بكرٍ : له الخِيارُ إذا بانتْ مُسْلِمةً ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى عَدَمِ وُجُوبِ العِباداتِ . والأَوَّلُ أوْلَى .

فصل : وكلُّ موضعٍ ثَبَتَ له الخِيارُ فَفَسَخَ قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ عليه . وإن فَسَخَ بعدَه ، وكان التَّغْرِيرُ مِمَّن له المَهْرُ ، فلا شىءَ عليه أيضا ، وإن كان من غيرِه ، فعليه المَهْرُ ، يَدْفَعُه ثم يَرْجِعُ به على الغارِّ ، فإن كان التَّغْرِيرُ من أوْلِيائِها ، رَجَعَ عليهم ، وإن عَلِمَ بَعضُهم احْتَمَلَ أن يَرْجِعَ عليه وحدَه ؛ لأنَّه الغارُّ ، واحْتَمَلَ أن يَرْجِعَ على جَمِيعِهم ؛ لأنَّ حُقُوقَ الآدَمِيِّينَ فى العَمْدِ والسَّهْوِ سواءٌ .

١١٣٤ – مسألة ؛ قال : (وإذَا قَالَ : قَدْ جَعَلْتُ عِتْقَ أَمَتِي صَدَاقَهَا . بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ ، فَقَدْ ثَبَتَ العِتْقُ وَالنِّكَاحُ . وإذَا قَالَ : أَشْهَدُ أَنِّى قَدْ أَعْتَقْتُهَا ، وجَعَلْتُ عِتْقَهَا / صَدَاقَهَا . كَانَ العِتْقُ والنِّكَاحُ أَيْضًا ثَابِتَيْنِ ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَ[1] العِتْقُ أو تَأَخَّرَ ، ٣٥/٧ظ

---

(١٠) فى ا ، ب ، م : « شرط » .

(١١) فى الأصل ، ا ، ب : « ومنع » .

(١) فى م زيادة : « القول » .

إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا فَصْلٌ ، فإنْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهَا)

فى هذه المسألةِ خمسةُ فُصُولٍ[2] :

الأوَّلُ : أنَّ ظاهِرَ المذهبِ أن الرَّجُلَ متى[3] أعْتَقَ أمَتَه ، وجَعَلَ عِتْقَها صَداقَها ، فهو نِكاحٌ صحيحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ الْجماعةِ[4] . ورُوِىَ ذلك[5] عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وفَعَلَه أنَسُ بن مالكٍ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمةَ بن عبدِ الرحمنِ ، والحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، وإسحاقُ . وقال الأوْزَاعىُّ : يَلْزَمُها أن تَتَزَوَّجَه . ورَوَى المَرُّوذِىُّ عن أحمدَ[6] : إذا أعْتَقَ أمَتَه ، وجَعَلَ عِتْقَها صَدَاقَها ، يُوَكِّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُه . وظاهرُ هذا أنَّه لم يَحْكُمْ بصِحَّةِ النِّكاحِ . قال[7] أبو الخَطَّابِ : هى الصحيحةُ . واختارَها القاضى ، وابنُ عقيلٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ إيجابٌ وقَبولٌ ، فلم يَصِحَّ لعَدَمِ أرْكانِه ، كما لو قال : أعْتَقْتُكِ . وسَكَتَ ، ولأنَّها بالعِتْقِ تَمْلِكُ نَفْسَها ، فيَجِبُ أن يُعْتَبَرَ رِضَاها ، كما لو فصلَ بينهما ، ولأنَّ العِتْقَ يُزِيلُ مِلْكَه عن الاسْتِمْتاعِ بحَقِّ المِلْكِ ، فلا يجوزُ أن يَسْتَبِيحَ الوَطْءَ بنَفْسِ[8] المُسَمَّى[9] ، فإنَّه لو قال : بِعْتُكَ هذه الأمَةَ ، على أن تُزَوِّجَنِيها بالثَّمنِ . لم

---

(٢) فى حاشية ب : « أهلية العاقد وأهلية المعقود عليه هل يشترط أن تتقدم على العقد ، كما هو مذهب الشافعى وقول القاضى أبى يعلى ، أو يكفى أن تكون الأهلية حاصلة حين العقد ، وهو ظاهر مذهب أحمد ؟ كعتق الأمة وجعل عتقها صداقها ، وككتابة العبد مع بيعه شيئا ، وكبيع السلعة واشتراط أن تكون رهنا ، كما ذكر أبو يعلى ، فى الجامع الكبير ؛ لأن الحكم المقصود من الشروط سواء كانت متقدمة أو متقاربة ، كالحياة مع العلم ، تضعف فى بعض المواضع للعجز عن الإتيان بها مقارنة ، كالوضوء مع الصلاة » .

(٣) فى م : « إذا » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « جماعة » .

(٥) سقط من : ب .

(٦) فى ا زيادة : « قال » .

(٧) فى م : « وقال » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « بالمسمى » .

يَصِحُّ . ولَنا ، ما روَى أنسٌ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَها . متفقٌ عليه[10] . وفي لفظ : أعْتَقَها وتَزَوَّجَها . فقلتُ يا أبا حَمْزَةَ ، ما أصْدَقَها ؟ قال : نَفْسَها[11] . ورَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن صَفِيَّةَ . قالت : أعْتَقَنِى رسولُ اللهِ ﷺ ، وجَعَلَ عِتْقِى صَدَاقِى[12] . وبإسْنادِه عن عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يقولُ : إذا أعْتَقَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِه ، فجعل عِتْقَها صَدَاقَها ، فلا بَأْسَ بذلك . ومتى ثَبَتَ العِتْقُ صَدَاقًا ، ثَبَتَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ الصَّداقَ لا يتقَدَّمُ النِّكاحَ ، ولو تأَخَّرَ العِتْقُ عن النِّكاحِ لم يَجُزْ ، فدَلَّ على أنَّه انْعَقَدَ[13] بهذا اللَّفظِ ، ولأنَّه لم يُنْقَلْ عن النَّبِيِّ ﷺ أنَّه اسْتأْنَفَ عَقْدًا ، ولو اسْتأْنَفه لظَهَر ، ونُقِلَ كما نُقِلَ غيرُه ، ولأنَّ مَنْ جاز له تَزْوِيجُ امْرأةٍ لغيرِه من غيرِ قَرابةٍ ، جاز له أن يتزَوَّجَها ، كالإمامِ . وقولُهم : لم يُوجَدْ إيجابٌ ولا قَبولٌ . عَدِيمُ الأَثَرِ[14] ؛ فإنَّه لو وُجِدَ لم يَحْكُموا بصِحَّتِه ، وعلى أنَّه إن لم يُوجَدْ فقد وُجِدَ ما يَدُلُّ عليه ، وهو جَعْلُ العِتْقِ صَداقًا ، فأشْبَهَ مالو تزَوَّجَ امرأةً هو وَلِيُّها ، وكما لو قال الخاطِبُ للوَلِيِّ : أزَوَّجْتَ ؟ فقال : نعم . وقال للزَّوْجِ : أقَبِلْتَ ؟ فقال : نعم . عندَ أصْحابِنا ، وكما لو / أتى بالكِناياتِ عندَ أبي حنيفةَ ومَنْ وافَقَه .

٣٦/٧و

الفصل الثاني : أنَّ النِّكاحَ يَنْعَقِدُ بقوله : أعْتَقْتُكِ ، وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ وتَزَوَّجْتُكِ . وبذلك خاليًا عن قوله : وتَزَوَّجْتُكِ . وهذا لفظُ الْخِرَقِيِّ ، وهو الذى جاء في حديثِ أنسٍ . وبقولِه : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . أو جعلتُ[15] صَداقَكِ عِتْقَكِ .

---

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(١١) في ا ، ب ، م زيادة : « عتقها » .

• وتقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(١٢) وأخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في رجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٦ .

(١٣) في م : « العقد » .

(١٤) في م : « التأثير » .

(١٥) في م : « وجعلت » .

وهذا معنى قولِ الْخِرَقِىِّ : « سواءٌ تَقَدَّمَ العِتْقُ أو تأَخَّرَ » . ونَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوايةِ صالِحٍ : إذا قال : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . أو صَدَاقَكِ عِتْقَكِ . كُلُّ ذلك جائزٌ .

الفصل الثالث : أن لا يكونَ بينهما فَصْلٌ . ولو قال أَعْتَقْتُكِ . وسَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُه الكلامُ فيه ، أو تَكَلَّمَ بكلامٍ أَجْنَبِىٍّ ، ثم قال : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . لم يَصِحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّها صارتْ بالعِتْقِ حُرَّةً ، فيَحْتاجُ [16]أن يتَزَوَّجها[16] بِرِضَاها بصَداقٍ جديدٍ .

الفصل الرابع : أنَّه لابُدَّ من شاهِدَيْنِ إذا قُلْنا باشْتِراطِ الشَّهادةِ فى النِّكاحِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ الجماعةِ ، وذلك لقولِه : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَيْنِ »[17] .

الفصل الخامس : أنَّه إذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ عليها بنِصْفِ قِيمَتِها ؛ لأنَّ الطلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُوجِبُ الرُّجُوعَ فى نِصْفِ ما فَرَضَ لها ، وقد فَرَضَ لها نَفْسَها ، ولا سَبِيلَ إلى الرُّجوعِ فى الرِّقِّ بعدَ زَوَالِه ، فيَرْجِعُ[18] بِنِصْفِ قِيمةِ نَفْسِها . وبهذا قال الحسنُ ، والحَكَمُ . وقال الأوْزَاعِىُّ : يَرْجِعُ برُبْعِ قِيمَتِها . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ قبلَ الدُّخولِ ، فأَوْجَبَ الرُّجُوعَ [19]فى النِّصْفِ[19] ، كسائرِ الطَّلاقِ . وتُعْتَبرُ القِيمةُ حالةَ الإِعْتاقِ ؛ لأنَّها حالةُ الإِتْلافِ . فإن لم تَكُنْ قادِرةً على نِصْفِ القِيمةِ ، فهل تُسْتَسْعَى فيها ، أو تكونُ دَيْنًا تُنْظَرُ به إلى حالِ القُدْرةِ ؟ على رِوَايتَيْنِ . وإن قُلْنا : إنَّ النكاحَ [20]لا يَنْعَقِدُ[20] بهذا القولِ . فعليها قِيمَةُ نَفْسِها ؛ لأنَّه أزال مِلْكَه بِعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فرَجَعَ إلى قِيمةِ المُفَوَّتِ ، كالبَيْعِ الفاسِدِ . وكذلك إن قُلْنا : إن النِّكاحَ انْعَقَدَ به . فارْتَدَّتْ قبلَ

(16 - 16) فى م : « إلى تزويجها » .

(17) تقدم تخريجه فى صفحة 347 .

(18) فى ا ، ب ، م : « فرجع » .

(19 - 19) فى الأصل : « بالنصف » .

(20 - 20) فى الأصل : « أينعقد » .

الدُّخولِ ، أو فَعَلَتْ ما يَنْفَسِخُ به نِكاحُها ، مثل أن أَرْضَعَتْ زَوْجَةً له صغيرةً ، ونحو ذلك ، انْفَسَخَ نِكاحُها ، وعليها قِيمةُ نَفْسِها .

فصل : وإن قال لأَمَتِه : أَعْتَقْتُكِ على أن تُزَوِّجِينِى نَفْسَكِ ، ويكونَ عِتْقُكِ صَدَاقَكِ . أو لم يَقُلْ : ويكونَ عِتْقُكِ صَدَاقَكِ . فقَبِلَتْ ، عَتَقَتْ ، ولم يَلْزَمْها أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ[21] ، فلم يَلْزَمْها ، كما لو[22] أَسْلَفَ حُرَّةً أَلْفًا على أن / يتَزَوَّجَها ، ولأنَّها أَسْقَطَتْ حَقَّها من الخِيارِ قبلَ وُجُودِ سَبَبِه ، فلم يَسْقُطْ ، كالشَّفِيعِ يُسْقِطُ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ ، ويَلْزَمُها قِيمَةُ نَفْسِها . أَوْمأ إليه أحمدُ ، فى رِوايةِ عبدِ اللهِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه أَزَالَ مِلْكَه منها بشَرْطِ عِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بقِيمَتِه ، كالبَيْعِ الفاسِدِ إذا تَلِفَتِ السِّلْعةُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، والنِّكاحِ الفاسِدِ إذا اتَّصَلَ به الدُّخولُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَها شىءٌ ، بناءً[23] على ما إذا قال لِعَبْدِه : أَعْتَقْتُكَ على أن تُعْطِيَنِى أَلْفًا . وهذا قولُ مالكٍ ، وزُفَرَ ؛ لأنَّ هذا ليس بلَفظِ شَرْطٍ ، فأَشْبَهَ ما لو قال : أَعْتَقْتُكِ ، وزَوِّجِينِى نَفْسَكِ . وتُعْتَبرُ القِيمَةُ حالةَ العِتْقِ ، ويُطالِبُها بها فى الحالِ إن كانت قادِرَةً عليها ، وإن كانت مُعْسِرَةً ، فهل تُنْظَرُ إلى المَيْسَرَةِ ، أو تُجْبَرُ على الكَسْبِ ؟ على وَجْهَيْنِ[24] ، أصْلُهما فى المُفْلِسِ هل يُجْبَرُ على الكَسْبِ ؟ على رِوايَتَيْن .

٣٦/٧ظ

فصل : وإن اتَّفَقَ السَّيِّدُ وأَمَتُه على أن يُعْتِقَها ، وتُزَوِّجَه نَفْسَها ، فتَزَوَّجَها على ذلك ، صَحَّ ، ولا مَهْرَ لها غيرَ ما شَرَطَ من العِتْقِ . وبه قال أبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يكونُ العِتْقُ صَدَاقًا ، لكن إن تَزَوَّجَها على القِيمةِ التى له فى ذِمَّتِها ، وهما يَعْلَمانِ القِيمةَ ، صَحَّ الصَّداقُ . ولَنا ، أنَّ العِتْقَ صَلَحَ صَداقًا فى حَقِّ النَّبِىِّ ﷺ ،

---

(٢١) فى ب : « النكاح » .

(٢٢) فى ا ، م زيادة : « كان » .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) فى م : « روايتين » .

فيَجُوزُ فى حَقِّ أُمَّتِه كالدَّراهِمِ ، ولأنَّه يَصلُحُ عِوَضًا فى البَيْعِ ، فإنَّه لو قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ على أَلِفٍ . جازَ ، فلأَنْ يكونَ عِوَضًا فى النِّكاحِ أَوْلَى ؛ فإنَّ النكاحَ لا يُقْصَدُ فيه العِوَضُ . وعلى هذا لو تَزَوَّجَها على أن يُعْتِقَ أباهَا ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ عبدِ اللهِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العِتْقَ يَصِيرُ صَداقًا ، كما لو دَفَعَ إليها مالًا ثم تَزَوَّجَها عليه . فإن بَذَلَتْ له نَفْسَها ليتَزَوَّجَها فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ ، وكانتْ له القِيمةُ ؛ لأنَّها إذا لم تُجْبَرْ على تَزْوِيجِه نَفْسَها ، لم يُجْبَرْ هو على قَبولِها . وحكمُ المُدَبَّرة ، والمُعْتَقةِ بصِفَةٍ ، وأُمِّ الوَلَدِ ، حكمُ الأَمَةِ القِنِّ فى جَمِيعِ ما ذَكَرْناه .

فصل : وإن أَعْتَقَتِ امرأةٌ عَبْدَها ، بشَرْطِ أن يَتَزَوَّجَها ، عَتَقَ ، ولا شىءَ عليه ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَحصُلُ به المِلْكُ للزَّوْجِ ، وليس بمَمْلُوكٍ به ، فإذا اشْتَرَطَتْ عليه إثْباتَ المِلْكِ له ، لم يَلْزَمْه ذلك ، كما لو اشترطتْ عليه أن تُمَلِّكَه دارًا . ولو أراد العبدُ تَزَوُّجَها[25] لم تُجْبَرْ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لها ، فلا يُوجَبُ عليها ، كما لو شَرَطَ السَّيِّدُ على أَمَتِه أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ، لم يَلْزَمْه ذلك .

٣٧/٧و / **فصل** : ولا بأْسَ أن يُعْتِقَ الرَّجُلُ الأَمَةَ ثم يتَزَوَّجَها ، سواءٌ أَعْتَقَها لوَجْهِ اللهِ تعالى ، أو أَعْتَقَها ليتَزَوَّجَها . وكَرِهَ أنسٌ تَزَوُّجَ[26] مَنْ أَعْتَقَها للهِ تعالى . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : رَوَى شُعْبةُ ، عن قَتادةَ ، عن أنسٍ ، أنَّه كَرِهَ أن يُعْتِقَ الأَمَةَ ، ثم يَتَزَوَّجَها[27] ؟ فقال : نعم ، ذاكَ[28] إذا أَعْتَقَها للهِ ، كَرِهَ أن يَرْجِعَ فى شىءٍ منها . ولَنا ، ما رَوَى أبو مُوسَى ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فَعَلَّمَهَا ، وأَحْسَنَ إلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، وتَزَوَّجَهَا ، فَذٰلِكَ لَهُ أَجْرَانِ » . متفقٌ عليه[29] . ولأنَّه إذا

---

(٢٥) فى الأصل : « تزويجها » .

(٢٦) فى ب ، م : « تزويج » .

(٢٧) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب رجل يعتق أمته لله تعالى ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٧ .

(٢٨) فى م : « قال » .

(٢٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٧ .

تَزَوَّجَها ، فقد أَحْسَنَ إليها بإعْفافِها[٣٠] وصِيانَتِها ، فلم يُكْرَه ، كما لو زَوَّجَها غيرَه ، وليس فى هذا رُجُوعٌ فيما جُعِلَ لله تعالى ؛ فإنَّه إنَّما يتزَوَّجُها بصَدَاقِها ، فهو بمَنْزِلةِ من اشْتَرَى منها شيْئًا .

فصل : وإذا أرادَ أن يتزَوَّجَها بعد عِتْقِها ، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِبْراءٍ ، سواءٌ كان يَطَؤُها أو لم يكُنْ يطَؤُها[٣١] ؛ لأنَّ الاسْتِبْراءَ لصِيانةِ الماءِ ، ولا يُصانُ ذلك عنه . فإن اشْتَرَى أَمَةً فأعْتَقَها قبلَ أن يَسْتَبْرِئَها ، لم يَحِلَّ له أن يتزَوَّجَها ولا يُزَوِّجَها حتى يَسْتَبْرِئَها ؛ لأنَّه كان واجِبًا ، فلا يَسْقُطُ بإعْتاقِه لها . قال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ تكونُ له الأَمَةُ[٣٢] لا يَطَؤُها فيُعْتِقُها : لا يتزَوَّجُها من يَوْمِها حتى يَسْتَبْرِئَها ، فإن كان يَطَؤُها فأعْتَقَها ، تزَوَّجَها من يَوْمِه ، ومتى شاءَ ؛ لأنَّها فى مائِه . قال القاضى : معنى قوله : إن كان يَطَؤُها . أن يَحِلَّ له وَطْؤُها وهى التى قد اسْتَبْرَأها . وقوله : إن كان لا يَطَؤُها . أى لا يَحِلُّ له وَطْؤُها وهى التى لم يَمْضِ عليها زَمانُ الاسْتِبْراءِ ، فلا يحِلُّ له تَزَوُّجُها[٣٣] حتى يَسْتَبْرِئَها . وإذا مَضَى لها بعضُ الاسْتِبْراءِ قبلَ عِتْقِها ، أتَمَّتْه بعدَه ، ولا يَلْزَمُها اسْتِئْنافُ الاسْتِبْراءِ ؛ لأنَّ الاستبراءَ وَجَبَ بالشِّراءِ ، لا بالعِتْقِ ، فيُحْسَبُ ابتداؤُه من حين وُجِدَ سَبَبُه[٣٤] .

فصل : وإذا[٣٥] قال : أعْتِقْ عَبْدَك ، على أن أُزَوِّجَكَ ابْنَتِى . فأعْتَقَه ، لم يَلْزَمْه أن يُزَوِّجَه ابْنَتَه ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ[٣٦] ، وعليه قِيمةُ العَبْدِ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ القَوْلَيْن[٣٧] : لا يَلْزَمُه شىءٌ ؛ لأنَّه لا فائدةَ له فى العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه أزَالَ مِلْكَه عن عَبْدِه

---

(٣٠) فى الأصل : « بإعتاقها » .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) فى الأصل : « أمة » .

(٣٣) فى الأصل : « تزويجها » .

(٣٤) فى الأصل : « سبب » .

(٣٥) فى ا ، م : « وإن » .

(٣٦) فى م : « النكاح » .

(٣٧) فى م : « قوليه » .

بعِوَضٍ شرَطَه، فلزِمَه عِوَضُه ، كما لو قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى ، وعلىَّ ثَمَنُه . وكما لو قال : طَلِّقْ زَوْجَتَكَ ، وعلىَّ أَلْفٌ . فطَلَّقَها[38] ، أو قال[39] : أَلْقِ مَتاعَكَ فى البَحْرِ ، وعلىَّ ثَمَنُه . وبهذه الأُصُولِ يَبْطُلُ قَوْلُهم : إنَّه لا فائِدةَ له فى العِتْقِ .

١١٣٥ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِىِّ : / أَزَوَّجْتَ . فَقَالَ : نَعَم . وَقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ[1] : أَقَبِلْتَ . فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَدِ انْعَقَدَ النِّكَاحُ إِذَا [2]كَانَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ[2]) ٣٧/٧ ظ

وقال الشافعىُّ : لا يَنْعقِدُ حتى يقولَ معه : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، ويقولَ الزَّوْجُ : قَبِلْتُ هذا التَّزْوِيجَ ؛ لأنَّ هٰذَيْنِ رُكْنَا العَقْدِ ، فَلَا يَنْعَقِدُ بدُونِهما . ولَنا ، أنَّ نَعَمْ جوابٌ لقَوْلِه : أزَوَّجْتَ وقَبِلْتَ ، والسؤالُ يكون مُضْمَرًا فى الجوابِ مُعَادًا فيه ، فيكونُ معنى نعم من الوَلِىِّ : زَوَّجْتُه ابْنَتِى . ومعنى نعم من المُتَزَوِّجِ : قَبِلْتُ هذا التَّزْوِيجَ . ولا احْتِمالَ فيه ، فيَجِبُ أن يَنْعقِدَ به ، ولذلك لمَّا قال اللهُ تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ ﴾[3] . كان إقرارًا منهم بوُجْدانِ ذلك أنَّهم وَجَدُوا ما وَعَدَهم رَبُّهم حَقًّا . ولو قِيلَ لرَجُلٍ : لى عليكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ ؟ فقال : نعم . كان إقرارًا صَرِيحًا[4] لا يَفْتَقِرُ إلى نِيَّةٍ ، ولا يُرْجَعُ فى ذلك إلى تَفْسِيرِه ، وبمِثْلِه تُقْطَعُ اليَدُ فى السَّرِقةِ ، فوَجَبَ أن يَنْعقِدَ به التَّزْوِيجُ ، كما لو لَفَظَ بذلك .

فصل : ولو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . فقال : قَبِلْتُ . انْعَقَدَ النِّكَاحُ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : لا يَنْعَقِدُ حتى يقولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ ، أو هذا التزويجَ ،

---

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ا .

(١) فى م : « للزوج » .

(٢ – ٢) فى م : « حضره شاهدان » .

(٣) سورة الأعراف ٤٤ .

(٤) فى ب ، م : « صحيحا » .

لأنَّه كِنايةٌ فى النِّكاحِ يفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ والإضْمارِ ، فلم ينْعَقِدْ به ، كلفظِ الهِبَةِ والبَيْعِ .
ولَنا ، أنَّ القَبُولَ صريحٌ فى الجَوابِ ، فانْعَقَدَ به ، كما يَنْعَقِدُ به البَيْعُ وسائرُ العُقُودِ .
وقولُهم : يفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّه جَوابٌ فلا يَنْصَرِفُ إلَّا إلى المذكورِ .

فصل : وينْعَقِدُ النِّكاحُ بلَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْوِيجِ . والجوابُ عنهما إجماعًا ، وهما اللَّذانِ وَرَدَ بهما نَصُّ الكِتابِ فى قوله سبْحانه : ﴿ زَوَّجْنَاكَهَا ﴾[5] . وقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ ﴾[6] . وسواءٌ اتَّفَقا من الجانِبَيْنِ أو اخْتَلَفا ، مثل أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِى هذه[7] . فيقولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ ، أو هذا التَّزْوِيجَ[8] . ولا ينْعَقِدُ بغيرِ لَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْوِيجِ . وبهذا قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعةُ ، والشافعىُّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، والحسنُ بن صالحٍ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، ودَاودُ : ينْعَقِدُ بلَفْظِ الهِبَةِ والصَّدَقةِ والبَيْعِ والتَّمْلِيكِ[9] . وفى لَفْظِ الإجَارةِ عن أبى حنيفةَ روايتانِ . وقال مالكٌ : ينْعَقِدُ بذلك إذا ذَكَرَ المَهْرَ . واحْتَجُّوا بأنَّ النَّبِىَّ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا امرأةً ، فقال : « قَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . روَاه البُخارِىُّ[10] . ولأنَّه لَفْظٌ ينْعَقِدُ به تَزْوِيجُ / النَّبِىِّ ﷺ ، فانْعَقَدَ به نِكاحُ أُمَّتِه ، كلَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْوِيجِ ، [11]ولأنَّه أمْكَنَ[11] تَصْحِيحُه بمَجازِه ، فوَجَبَ تَصْحِيحُه ، كإيقاعِ الطَّلَاقِ بالكِنَاياتِ . ولَنا ، قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِىُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[12] . فذكَر ذلك خالِصًا لرسولِ اللهِ ﷺ ، ولأنَّه لَفْظٌ ينْعَقِدُ به غيرُ النِّكاحِ [13]فلم ينْعَقِدْ به النِّكاحُ[13] ، كلَفْظِ الإجَارةِ والإبَاحةِ والإحْلالِ ، ولأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى

٣٨/٧و

---

(٥) سورة الأحزاب ٣٧ .
(٦) سورة النساء ٢٢ .
(٧) سقط من : الأصل ، ب .
(٨) فى ا ، م : « التزوج » .
(٩) فى ب : « والتملك » .
(١٠) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .
(١١-١١) فى ب : « ولأنها من » .
(١٢) سورة الأحزاب ٥٠ .
(١٣-١٣) سقط من : ا ، م .

النِّكاحِ ، فلا يَنْعَقِدُ به ، كالذى ذكَرْنا ؛ وهذا لأنَّ الشّهادةَ شَرْطٌ [14] في النِّكاحِ [14] ، والكِنَايةُ إنَّما تُعْلَمُ [15] بالنِّيَّةِ ، ولا يُمْكِنُ الشّهادةُ على النِّيَّةِ ، لعَدَمِ اطِّلَاعِهِم عليها ، فيَجِبُ أن لا [16] يَنْعَقِدَ ، وبهذا فارَقَ بَقِيَّةَ العُقُودِ والطَّلاقِ . وأمَّا الخبرُ ، فقد رُوِىَ : « زَوَّجْتُكَها » و « أنكَحْتُكَهَا » و « زَوَّجْنَاكَهَا » . من طُرُقٍ صحيحةٍ . والقِصّةُ واحدةٌ ، والظاهرُ أن الرَّاوِىَ رَوَى بالمَعْنَى ظَنًّا منه أنَّ مَعْناها [17] واحدٌ ، فلا تكونُ حُجَّةً ، وإن كان النَّبِىُّ ﷺ جَمَعَ بين الألفاظِ ، فلا حُجّةَ لهم فيه ؛ لأنَّ النِّكاحَ انْعقدَ بأحَدِها ، والباقى فَضْلَةٌ .

فصل : ومن قَدَرَ على لفظِ النِّكاحِ بالعَرَبِيَّةِ ، لم يَصِحَّ عَقْدُهُ [18] بغيرِها . وهذا أحدُ قَوْلَى [19] الشافعىِّ . وعند أبى حنيفةَ : يَنْعَقِدُ ؛ لأنَّه أتَى بلَفْظِه الخاصِّ ، فانْعَقَدَ به ، كما يَنْعَقِدُ بلَفْظِ العَرَبِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه عَدَلَ عن لَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزويجِ مع القُدْرَةِ ، فلم يَصِحَّ ، كلَفْظِ الإحْلالِ . فأمَّا مَنْ لا يُحْسِنُ العربيَّةَ ، فيَصِحُّ منه عقدُ النِّكاحِ بلِسَانِه ؛ لأنَّه عاجِزٌ عمَّا سِوَاه ، فسَقَطَ عنه كالأَخْرَسِ ، ويَحْتاجُ أن يَأْتِىَ بمَعْناهما الخاصِّ ، بحيث يَشْتَمِلُ على معنى اللَّفْظِ العَرَبِىِّ . وليس على مَنْ لا يُحْسِنُ العربيةَ تَعَلُّمُ ألفاظِ النِّكاحِ بها . وقال أبو الخَطَّابِ : عليه أن يَتَعَلَّم ؛ لأنَّ [18] ما كانت العربيَّةُ شَرْطًا فيه ، لَزِمَه أن يتعلَّمها مع القُدْرةِ ، كالتَّكْبيرِ . وَوَجْهُ الأوَّلِ أنَّ النكاحَ غيرُ واجبٍ ، فلم يَجِبْ تعلُّمُ أرْكانِه بالعربيَّةِ كالبَيْعِ ، بخِلافِ التَّكْبيرِ . فإنْ كان أحدُ العاقِدَيْن [20] يُحْسِنُ العربيَّةَ دُونَ

(14 – 14) في الأصل : « للنكاح » .

(15) في ا ، ب : « تعمل » .

(16) سقط من : ب ، م .

(17) في الأصل ، ب : « معناهما » .

(18) سقط من : م .

(19) في الأصل ، ب : « أقوال » .

(20) في ا ، م : « المتعاقدين » .

الآخر ، أتى الذى يُحْسِنُ العربيةَ بها ، والآخرُ يأتى بِلِسانِه . فإن كان أحَدُهما لا يُحْسِنُ لِسانَ[21] الآخرِ ، احْتاجَ أن يَعْلَمَ أنَّ اللفظةَ التى أتى بها صاحِبُه لَفْظَةُ الإنْكاحِ ، بأن يُخْبِرَه بذلك ثِقَةٌ يَعْرِفُ اللِّسانَيْنِ جميعًا .

فصل : فأمَّا الأخْرَسُ فإن فُهِمَتْ إشارَتُه صَحَّ نِكاحُه بها ؛ لأنَّه معنًى لا يُسْتفادُ إلَّا من جِهَتِه[22] ، فصَحَّ / بإشارَتِه ، كبَيْعِه وطَلَاقِه ولِعَانِه ، وإن لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، لم يَصِحَّ منه . كما لم يَصِحَّ غيرُه من التَّصرُّفاتِ القَوْلِيَّةِ ، ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ بين شَخْصَيْنِ ، فلابُدَّ من فَهْمِ كلِّ واحِدٍ منهما ما يَصْدُرُ عن[23] صاحِبِه . ولو فَهِمَ ذلك صاحِبُه العاقِدُ معه ، لم يَصِحَّ حتى يَفْهَمَ الشُّهُودُ أيضًا ؛ لأنَّ الشهادةَ شَرْطٌ ، ولا يَصِحُّ على ما لا يُفْهَمُ . قال أحمدُ : لا يُزَوِّجُه وَلِيُّه . يعنى إذا كان بالِغًا ؛ لأنَّ الخَرَسَ لا يُوجِبُ الحَجْرَ ، فهو كالصَّمَمِ .

٣٨/٧ ظ

فصل : إذا تقدَّمَ القَبُولُ على الإيجابِ . لم يَصِحَّ . رِوايةً واحدةً ، سواءٌ كان بلَفْظِ الماضِى ، مثل أن يقولَ : تَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ . فيقول : زَوَّجْتُكَ . أو بلَفْظِ الطَّلَبِ ، كقَوْلِه : زَوِّجْنِى ابْنَتَك . فيقول : زَوَّجْتُكَها . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ : يَصِحُّ فيهما جميعًا ؛ لأنَّه قد وُجِدَ الإيجابُ والقَبُولُ ، فيَصِحُّ[24] كما لو تقدَّمَ الإيجابُ . ولَنا ، أنَّ القَبُولَ إنَّما يكونُ للإيجابِ ، فمتى وُجِدَ قبلَه لم يكُنْ قَبُولًا ؛ لعَدَمِ معناه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو تقدَّمَ بلَفْظِ الاسْتِفهامِ ، ولأنَّه لو تأخَّرَ عن الإيجابِ بلَفْظِ الطَّلَبِ ، لم يَصِحَّ ، فإذا تقدَّم كان أوْلَى ، كصِيغَةِ الاستفهامِ ، ولأنَّه لو أتى بالصِّيغَةِ المَشْرُوعةِ مُتَقَدِّمةً ، فقال : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . فقال الوَلِىُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . لم يَصِحَّ ، فلأنْ لا

---

(٢١) فى ب : « كلام » .

(٢٢) فى م : « جهة واحدة » .

(٢٣) فى م : « من » .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « فصح » .

يَصِحُّ إذا أتى بغيرِها أَوْلَى . وأمّا البيعُ فلا يُشْتَرطُ فيه صِيغةُ الإيجابِ والقَبُولِ ، بل يَصِحُّ بالمُعاطاةِ، ولأنّه لا يَتَعَيّنُ فيه لَفظٌ، (٢٥ بل يَصِحُّ ٢٥) بأىِّ لَفظٍ كان ممَّا يُؤدِّى المعنى، ولا يَلْزَمُ الخُلْعُ ؛ لأنّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه على الشُّروطِ .

فصل : إذا عَقَدَ النِّكاحَ هازِلًا أو تَلْجِئةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « ثَلاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ ، وجِدُّهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلاقُ ، والنِّكاحُ ، والرَّجْعَةُ » . رواه التِّرمِذِىُّ[٢٦] . وعن الحسنِ قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ نَكَحَ لاعِبًا ، أو طَلَّقَ لاعِبًا ، أو أعْتَقَ لاعِبًا ، جازَ »[٢٧] . وقال[٢٨] عمرُ : أربعٌ جائزاتٌ إذا تَكَلَّمَ بِهِنَّ ؛ الطَّلاقُ ، والنِّكاحُ ، والعَتاقُ ، والنَّذْرُ . وقال علىٌّ : أربعٌ لا لَعِبَ فِيهِنَّ : الطَّلاقُ ، والعَتاقُ ، والنِّكاحُ ، والنَّذْرُ .

فصل : إذا تَراخَى القَبُولُ عن الإيجابِ ، صَحَّ ، ماداما فى المَجْلِسِ ، ولم يَتَشاغَلا عنه بغيرِه ؛ لأنَّ حُكْمَ المَجْلِسِ حكمُ حالةِ العَقْدِ ، بدليلِ القَبْضِ فيما يُشْتَرَطُ القبضُ فيه ، وثُبُوتِ الخِيَارِ فى عُقُودِ المُعاوَضَاتِ . فإن تفرَّقا قبلَ القَبُولِ ، بَطَلَ الإيجابُ ؛ فإنّه لا يُوجَدُ معناه ، فإنَّ الإعْراضَ قد وُجِدَ من جِهَتِه بالتَّفرُّقِ ، فلا يكونُ قَبُولًا . وكذلك إن تَشاغَلا عنه[٢٩] بما يَقْطَعُه[٣٠] ؛ لأنّه / مُعْرِضٌ عن العَقْدِ أيضا بالاشْتِغالِ عن ٣٩/٧و

(٢٥-٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) فى : باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٥٦ ، ١٥٧ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٧ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٨ .

(٢٧) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب ما يجوز من اللعب فى النكاح والطلاق ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٣٥ .

(٢٨) فى م : « قال » .

(٢٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب صريح ألفاظ الطلاق ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٤١ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الطلاق لا رجوع فيه ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٧١ .

(٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) فى الأصل : « قطعه » .

قَبُولِه . وقد نقل أبو طالبٍ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ مَشَى إليه قومٌ فقالوا له : زَوِّجْ فلانًا . قال : قد زَوَّجْتُه على أَلْفٍ . فرَجَعُوا إلى الزَّوْجِ فأخبرُوه ، فقال : قد قَبِلْتُ . هل يكون هذا نِكاحًا ؟ قال : نعم . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه وَكَّلَ من قَبِلَ العَقْدَ فى المَجْلِسِ . وقال أبو بكرٍ : مسألةُ أبى طالبٍ تَتَوَجَّهُ على قَوْلَيْنِ . واخْتارَ أنَّه لابُدَّ من القَبُولِ فى المَجْلِسِ ، وهو الصحيحُ إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : فإن أَوْجَبَ النِّكاحَ ، ثم زال عَقْلُه بجُنُونٍ أو إغْماءٍ ، بَطَلَ حُكْمُ الإيجابِ ، ولم ينْعَقِدْ بالقَبُولِ بعدَه ؛ لأنَّه[31] ما لم يُضامّه القَبُولُ لم يكنْ عَقْدًا ، فبطَلَ بزوالِ العَقْلِ ، كالعُقُودِ الجائِزَةِ[32] تَبْطُلُ بالمَوْتِ والجُنُونِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وإن زال عَقْلُه بنَوْمٍ ، لم يَبْطُلْ حكمُ الإيجابِ ؛ لأنَّه لا يُبْطِلُ العُقُودَ الجائِزَةَ ، فكذلك هذا .

فصل : ولا يَثْبُتُ فى النِّكاحِ خِيارٌ ، وسواءٌ فى ذلك خِيارُ المَجْلِسِ وخِيارُ الشَّرْطِ . ولا نعلمُ أحدًا خالَفَ فى[33] هذا ، وذلك لأنَّ الحاجةَ غيرُ داعِيةٍ إليه ، فإنَّه لا يَقَعُ فى الغالِبِ إلَّا بعدَ تَرَوٍّ ، وفِكْرٍ ، ومَسْأَلةِ كلِّ واحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ عن صاحِبِه ، والمَعْرِفةِ بحالِه ، بخِلافِ البَيْعِ الواقعِ فى الأسْواقِ من غيرِ فِكْرٍ ولا رَوِيَّةٍ ، ولأنَّ النِّكاحَ ليس بمُعَاوَضةٍ مَحْضَةٍ ، ولهذا لا يُعْتَبرُ فيه العِلْمُ بالمَعْقُودِ عليه برُؤْيةٍ ولا صِفَةٍ ، ويَصِحُّ من غير تَسْمِيةِ العِوَضِ ، ومع فَسادِهِ ، ولأنَّ ثُبُوتَ الخِيارِ فيه[32] يُفْضِى إلى فَسْخِه بعدَ ابْتِذالِ المَرْأةِ ، فإنَّ فى فَسْخِه بعدَ العَقْدِ ضَرَرًا بالمرأةِ ، ولذلك أَوْجَبَ الطَّلاقُ قبلَ الدُّخولِ نِصْفَ الصَّداقِ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يَخْطُبَ العاقِدُ أو غيرُه قبلَ التَّواجُبِ ، ثم يكونُ العَقْدُ بعدَه ؛

---

(٣١) سقط من : ا ، م .

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) سقط من : الأصل .

لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « كُلُّ أَمْرٍ ذِى بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِالحَمْدِ لله ، فَهُوَ أَقْطَعُ »[٣٤] . وقالَ : « كُلُّ خُطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهادةٌ ، فَهِىَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاءِ »[٣٥] . رواهما ابنُ المُنْذِرِ . ويُجْزِئُ من ذلك أن يَحْمَدَ اللهَ تعالى ، ويَتَشَهَّدَ ، ويُصَلِّىَ على رسولِ الله ﷺ . والمُسْتَحَبُّ أن يَخْطُبَ بخطْبةِ عبدِ الله بن مسعودٍ التى قال : عَلَّمنَا رسولُ الله ﷺ التَّشَهُّدَ فى الصلاةِ ، والتشهدَ فى الحاجةِ ، قال : التَّشَهُّدُ فى الحاجةِ : أَنِ الْحَمْدُ لله ، نَحْمَدُه، ونَسْتَعِينُهُ ، ونَسْتَغْفِرُهُ ، / ونَعُوذُ بالله مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا ، مَنْ يَهْدِه اللهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ ، ومَنْ يُضْلِلْ فَلَا هَادِىَ لَهُ ، وأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلٰـهَ إِلَّا اللهُ ، [٣٦]وأَشْهَدُ أَنَّ[٣٦] مُحَمَّدًا عَبْدُه ورَسُولُه ، ويَقْرأُ ثلاثَ آياتٍ : ﴿ ٱتَّقُوا ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾[٣٧] . و : ﴿ ٱتَّقُوا ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَاءَلُونَ بِهِ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾[٣٨] . و : ﴿ ٱتَّقُوا ٱللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا * يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ ﴾[٣٩] الآية . رَوَاه أبو داوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[٤٠] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . قال الخَلَّالُ : حَدَّثنا

٣٩/٧ ظ

---

(٣٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب الهدى فى الكلام ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٦٠ . وابن ماجه ، فى : باب خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٥٩ .

(٣٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الخطبة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٦٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى خطبة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٠٢ ، ٣٤٣ .

(٣٦-٣٦) فى ا ، م : « وأن » .

(٣٧) سورة آل عمران ١٠٢ .

(٣٨) سورة النساء ١ .

(٣٩) سورة الأحزاب ٧٠ ، ٧١ .

(٤٠) خطبة التشهد فى الصلاة ، تقدم تخريجها فى : ٢ / ٢٢١ . وخطبة الحاجة أخرجها أبو داود ، فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٩ . والنسائى ، فى : باب كيفية الخطبة ، من كتاب الجمعة . المجتبى ٣ / ٨٥ ، ٨٦ . وابن ماجه ، فى : باب خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٩ . والدارمى ، فى : باب فى خطبة الحاجة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٤٣٢ .

أبو سُلَيمانَ[41] إمامُ طَرَسُوسَ ، قال : كان الإمامُ[42] أحمدُ ابن حَنْبلٍ ، إذا حَضَرَ عَقْدَ[43] نِكاحٍ ، فلم يُخْطَبْ فيه بخطْبَةِ عبدِ الله بن مَسْعُودٍ ، قامَ وتَرَكَهُم . وهذا كان من أبِي عبدِ الله [44] على طريقِ [44] المُبالغةِ فى استِحْبابِها ، لا على الإيجابِ لها[45] ؛ فإنَّ حَرْبَ بن إسماعيلَ قال : قلتُ لأحمدَ : فيَجِبُ أن تكونَ خُطبةُ النِّكاحِ مثلَ قولِ ابنِ مَسْعُودٍ ؟ فوسَّعَ فى ذلك . وقد رُوِيَ عن ابنِ[45] عُمَرَ ، أنَّه كان إذا دُعِيَ لِيُزَوِّجَ ، قال : لا تفَضُّضُوا[46] علينا النَّاسَ ، الحمدُ لله ، وصلَّى اللهُ على محمدٍ ، إنَّ فُلانًا يَخْطُبُ إليكم ، فإن أنْكَحْتُمُوهُ فالحمدُ لله ، وإن رَدَدْتُمُوه فسُبحانَ اللهِ[47] . والمُستَحَبُّ خطْبَةٌ واحدةٌ يَخْطُبُها الوَلِيُّ ، أو الزَّوجُ ، أو غيرُهما . وقال الشافعيُّ : المَسْنُونُ خطْبتانِ ، هذه التى ذكَرْناها فى أوَّلِه ، وخطْبَةٌ من الزَّوْجِ قبل قَبُولِه[48] . والمَنْقُولُ عن النَّبِيِّ ﷺ ، وعن السَّلَفِ ، خطْبَةٌ واحدةٌ ، وهو أَوْلَى ما اتُّبِعَ .

فصل : والخطْبةُ غيرُ واجِبَةٍ عندَ أحدٍ من أهلِ العلمِ عَلِمْناهُ ، إلَّا داودَ ، فإنَّه أوْجَبَها ؛ لما ذكَرْناه . ولَنا ، أنَّ رَجُلًا قال للنبيِّ ﷺ : يا رسولَ الله ، زَوِّجْنِيهَا . فقال رسولُ الله ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . مُتَّفَقٌ عليه[49] . ولم يَذْكُرْ

---

(41) لعله أبو سليمان داود بن عمرو بن زهير الضبي ، توفى ببغداد سنة ثمان وعشرين ومائتين . طبقات الحنابلة 1 / 155 .

(42) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(43) فى الأصل : « عقدة » .

(44-44) فى م : « من » .

(45) سقط من : م .

(46) فى الأصل : « تعضنوا » . وفى ا ، ب ، م : « تعصفوا » . والمثبت من السنن الكبرى . أى : لا تفرقوا جمعهم .

(47) أخرجه البيهقى ، فى : باب كيف الخطبة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 181 .

(48) فى الأصل : « قوله » . وفى ب : « القبول » .

(49) تقدم تخريجه فى : 8 / 137 .

خطبةً . وخُطِبَ إلى ابنِ[50] عمرَ مَوْلاةٌ له ، فما زادَ على أن قال : قد[51] أنْكَحْناكَ على ما أمَرَ اللهُ ، على إمْساكٍ بمَعْرُوفٍ ، أو تَسْرِيحٍ بإحْسانٍ[52] . وقال جَعْفَرُ بن محمدٍ ، عن أبيه ، إن كان الحُسَيْنُ لَيُزَوِّجُ بعضَ بَناتِ الحَسَنِ ، وهو يَتَعَرَّقُ العَرْقَ[53] . رَوَاهُما ابنُ المنذرِ . ورَوَى أبو داودَ[54] ، بإسْنادِه عن رَجُلٍ من بنى سُلَيْمٍ ، قال : خَطَبْتُ إلى رسولِ اللهِ ﷺ أُمامةَ بنتَ عبدِ المُطَّلِبِ ، فأنْكَحَنى من غيرِ أن يَتَشَهَّدَ . ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضةٍ ، فلم تَجِبْ فيه الخُطْبةُ كالبَيْعِ ، وما اسْتَدَلُّوا به يَدُلُّ على عَدَمِ الكَمالِ بدونِ الخُطْبةِ ، لا على الوُجُوبِ .

٧/٤٠و **فصل** : ويُسْتَحَبُّ إعْلانُ النكاحِ ، والضَّرْبُ فيه بالدُّفِّ . / قال أحمدُ : يُسْتَحَبُّ أن يُظْهَرَ النِّكاحُ، ويُضْرَبَ فيه بالدُّفِّ، حتى يَشْتَهِرَ ويُعْرَفَ. وقيل له: ما الدُّفُّ؟ قال: هذا الدُّفُّ. قال: لا بأْسَ بالغَزَلِ فى العُرْسِ بمثلِ قولِ النَّبِىِّ ﷺ للأنصارِ: «أتَيْناكُم أتَيْناكُم، فحَيُّونا نُحَيِّيكُم، لَوْلا الذَّهَبُ الأحْمَرُ ما حَلَّتْ بوادِيكُم، ولَوْلا الحَبَّةُ[55] السَّوداءُ ما سُرَّتْ عَذارِيكُم»[56]. لا على ما يَصْنَعُ الناسُ اليومَ. ومن غيرِ هذا الوَجْهِ:

---

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٨٨ ، ١٨٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يزوج أيشترط إمساكا بمعروف ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الشرط عند عقد النكاح . السنن ١ / ١٨٦ ، ١٨٧ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب للولى من الخطبة والكلام ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٥٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح ٦ / ١٨٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى خطب النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٨١ .

(٥٤) فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٩ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من لم يزد على عقد النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٥٥) فى م : « الحنطة » .

(٥٦) أخرجه البخارى ، فى : باب النسوة اللاتى يهدين المرأة إلى زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢٨ . مختصرا . وابن ماجه ، فى : باب الغناء والدف ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . والحاكم ، فى : باب الأمر بإعلان النكاح ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٨٣ ، ١٨٤ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب من إظهار النكاح ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٩١ .

« ولَوْلَا الحِنْطَةُ الحَمْراءُ ، ما سَمِنَتْ عَذابِكُم » . وقال أحمدُ أيضا : يُستَحَبُّ ضَرْبُ الدُّفِّ ، والصَّوْتُ[57] فى الإمْلاكِ . فقيل له : ما الصَّوْتُ ؟ قال : يُتَكَلَّمُ ويُتَحَدَّثُ ويُظْهَرُ . والأصلُ فى هذا ما رَوَى محمدُ بن حاطِبٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « فَصْلُ مَا بَيْنَ الحَلَالِ والحَرَامِ ، الصَّوْتُ والدُّفُّ فى النِّكاحِ » . رواه النَّسائِىُّ[58] . وقال عليه السلامُ : « أَعْلِنُوا النكاحَ » وفى لفظ : « أَظْهِرُوا النِّكاحَ » . وكان يُحِبُّ[59] أن يُضْرَبَ عليه[60] بالدُّفِّ ، وفى لفظ : « واضْرِبُوا عَلَيْهِ بالغِرْبَالِ »[61] . وعن عائشةَ ، أنَّها زَوَّجَتْ يَتِيمةً رَجُلًا من الأنْصارِ ، وكانت عائشةُ فى مَن أهْداها إلى زَوْجِها ، قالت : فلما رَجَعْنا قال لنا رسولُ الله ﷺ : « مَا قُلْتُمْ يا عَائِشَةُ ؟ » . قالت : سَلَّمْنا ، ودَعَوْنا بالبَرَكةِ ، ثم انْصَرَفْنا . فقال : « إنَّ الأنْصَارَ قَوْمٌ فِيهِمْ غَزَلٌ ، ألَّا قُلْتُمْ يَا عَائِشَةُ : أَتَيْنَاكُم أَتَيْناكُم ، فحَيَّانَا وحَيَّاكُمْ »[62] . رَوَى هذا كلَّه أبو عبدِ الله ابن ماجَه ، فى « سُنَنِه » . وقال أحمدُ ، رَحِمه الله : لا بَأْسَ بالدُّفِّ فى العُرْسِ والخِتانِ ، وأكْرَه الطَّبْلَ ، وهو المُنْكَرُ ، وهو الكُوبَةُ ، التى نَهَى[63] عنها[64] النَّبِىُّ ﷺ[65] .

---

(57) فى ب ، م : « والضرب » .

(58) فى : باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف ، من كتاب النكاح . المجتبى 6 / 104 .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى 4 / 307 . وابن ماجه ، فى : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 611 . والإمام أحمد ، فى : المسند 3 / 418 ، 4 / 259 .

(59) فى ا ، ب ، م : « يجب » .

(60) فى الأصل ، ا ، م : « عليها » .

(61) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى 4 / 307 ، 308 . وابن ماجه ، فى : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 611 . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب من إظهار النكاح ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى 7 / 290 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 5 .

(62) انظر تخريجه فى صفحة 467 .

(63) فى الأصل : « ينهى » .

(64) سقط من : ا ، م .

(65) أخرج حديث النهى عن الكوبة أبو داود ، فى : باب النهى عن المسكر ، وباب فى الأوعية ، من كتاب الأشربة . =

فصل : فإن عَقَدَه بوَلِيٍّ وشاهِدَيْنِ ، فأَسَرُّوه ، أو تَوَاصَوْا بكِتْمانِه ، كُرِهَ ذلك ، وصَحَّ النِّكاحُ . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وممَّن كَرِهَ نِكاحَ السِّرِّ عمرُ (٦٦) بن الخَطَّابِ (٦٦) ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وعُرْوَةُ ، وعُبَيْدُ الله بن عَبْدِ الله بن عُتْبةَ ، والشَّعْبِىُّ ، ونافِعٌ مَوْلَى ابن عمرَ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : النِّكاحُ باطِلٌ ؛ لأنَّ أحمدَ قال إذا تَزَوَّجَ بوَلِيٍّ وشاهِدَيْنِ : لا ، حتى يُعْلِنَه . وهذا مذهبُ مالكٍ [٦٧] . والحُجَّةُ لهما ما تَقَدَّمَ فى [٦٨] الفصلِ الذى قبلَ هذا . ولَنا ، / قولُه : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ » [٦٩] . ٤٠/٧ ظ مَفْهُومُه انْعِقادُه بذلك وإن لم يُوجَدِ الإِظْهارُ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فلم يُشْتَرَطْ إظْهارُه كالبَيْعِ ، وأخْبارُ الإِعْلانِ يُرادُ بها الاسْتِحْبابُ ، بدليلِ أَمْرِه فيها بالضَّرْبِ بالدُّفِّ والصَّوْتِ ، وليس ذلك بواجِبٍ ، فكذلك ما عُطِفَ عليه . وقولُ أحمدَ : لا . نَهْىُ كَراهةٍ ، فإنَّه قد صَرَّحَ فيما حَكَيْنا عنه قبلَ هذا باسْتِحْبابِ [٧٠] ذلك [٧١] ، ولأنَّ إعْلانَ النِّكاحِ والضَّرْبَ فيه [٧٢] بالدُّفِّ ، إنَّما يكونُ فى الغالبِ بعد عَقْدِه ، ولو كان شَرْطًا لَاعْتُبِرَ حالَ [٧٣] العَقْدِ ، كسائرِ الشُّروطِ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ عَقْدُ النكاحِ يوم الجُمُعةِ ؛ لأنَّ جَماعةً من السَّلَفِ اسْتَحَبُّوا ذلك ؛ منهم ضَمْرَةُ [٧٤] بن حَبِيبٍ ، وراشدُ بن سعد [٧٥] ، وحَبِيبُ بن عُتْبةَ ، ولأنَّه يَوْمٌ

= سنن أبى داود ٢ / ٢٩٥ ، ٢٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٥٠ ، ٢ / ١٥٨ ، ١٦٥ ، ١٦٧ ، ١٧١ ، ١٧٢ .

(٦٦ - ٦٦) سقط من : ا ، م .

(٦٧) فى ب : « لمالك » .

(٦٨) فى الأصل : « من » .

(٦٩) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وفى صفحة ٣٤٥ .

(٧٠) فى ا : « بالاستحباب » .

(٧١) سقط من : ا ، ب .

(٧٢) فى ب : « عليه » .

(٧٣) فى ا ، ب ، م : « حالة » .

(٧٤) فى م : « سمرة » تحريف .

(٧٥) فى الأصل ، ا ، م : « سعيد » . وتقدم فى صفحة ٢٢١ .

شَرِيفٌ ، ويومُ عِيدٍ ، وفيه[76] خَلَقَ اللهُ آدَمَ عليه السلام . [77]والْمَسَابِهِ[77] أَوْلَى . فإنَّ[78] أبا حَفْصٍ رَوَى بإسْنادِه عن أبى هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَسُّوا بالإِمْلَاكِ ، فإنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ »[79] . ولأنَّه أقْرَبُ إلى مَقْصُودِه ، وأقَلُّ لِانْتِظارِه .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يُقالَ للمُتَزَوِّجِ : بارَكَ اللهُ لك ، وبارَكَ عليك ، وجَمَعَ بَيْنَكُما فى خَيْرٍ وعافِيَةٍ . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ رَأَى على عبدِ الرَّحْمنِ أثَرَ صُفْرَةٍ ، فقال : « مَا هٰذَا ؟ » . فقال : إنِّى تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً[80] على وَزْنِ نَواةٍ من ذَهَبٍ . قال : « بَارَكَ اللهُ لَكَ ، أَوْلِمْ ولَوْ بشَاةٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[81] . قال بعضُ أهلِ العلمِ : وَزْنُ النواةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، وذلك ثَلاثةُ مَثاقِيلَ ونِصْفٌ من الذَّهَبِ . وقال المُبَرِّدُ : الصَّوابُ عند أهلِ العَرَبِيَّةِ[82] أن يُقالَ : على نَواةٍ . فحَسْبُ ؛ فإنَّ النَّواةَ عندَهم اسْمٌ لخَمْسَةِ[83] دَرَاهِمَ ، كما أنَّ الأُوقِيَّةَ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، والنَّشَّ عِشْرُونَ . واللهُ أعلمُ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يقولَ إذا زُفَّتْ إليه ، ما رَوَى صالحُ بن أحمدَ ، فى

---

(76) فى م : « فيه » .

(77-77) فى الأصل : « والمسابة » . وفى ا ، ب ، م : « والمسابة » . وهو يعنى : « والمساء به » .

(78) فى م : « بأن » .

(79) لم نجده . وانظر : إرواء الغليل 6 / 221 .

(80) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(81) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ... ﴾ ، وباب الصفرة للمتزوج ... ، وباب كيف يدعى للمتزوج ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى 7 / 25 ، 27 ، 102 . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم 2 / 1042 ، 1043 .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى 5 / 2 ، 3 . وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 615 . والدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى 2 / 143 .

(82) فى م : « العلم بالعربية » .

(83) فى م : « خمسة » .

« مَسائِلِه »[84] ، عن أبيه ، حَدَّثَنا دَاوُدُ عن أبى نَضْرَةَ ، عن أبى سعيدٍ مَوْلَى أبى أُسَيْدٍ ، قال : تَزَوَّجَ[85] ، فحَضَرَه عبدُ الله بن مسعودٍ ، وأبـو ذَرٍّ ، وحُذَيْفـةُ ، وغيرهُـم من أصحابِ رسولِ الله ﷺ ، فحَضَرَتِ الصلاةُ ، فقَدَّمُوه وهو مَمْلوكٌ ، فصَلَّى بهم ، ثم قالوا له : إذا دَخَلْتَ على أهْلِكَ فصَلِّ رَكْعَتَيْنِ ، ثم خُذْ برَأْسِ أهْلِكَ ، فقُلْ : اللَّهُمَّ بارِكْ لى فى أهْلِى ، وبارِكْ لأهْلِى فِىَّ ، وارْزُقْهُم مِنِّى ، وارْزُقْنِى منهم . ثم شَأْنَك وشَأْنَ أهْلِكَ[86] . ورَوَى أبو داوُدَ[87] ، بإسْنادِه عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النَّبِىِّ / ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا تَزَوَّجَ أحَدُكُم امْرَأةً أو اشْتَرَى[88] خادِمًا ، فلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إنِّى أسْأَلُكَ خَيْرَهَا وخَيْرَ مَا جَبَلْتَها عَلَيْهِ ، وأعُوذُ بكَ مِنْ شَرِّهَا وشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ . وإذَا اشْتَرَى بَعِيرًا ، فَلْيَأْخُذْ بِذُرْوَةِ سَنَامِهِ ، ولْيَقُلْ مِثْلَ ذٰلِكَ » .

٤١/٧ و

١١٣٦ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْس لِلْحُرِّ أنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أكْثَرَ مِنْ أرْبَعِ زَوْجَاتٍ)

أجْمَعَ أهْلُ العلمِ على هذا ، ولا نعلمُ أحدًا خالَفَه منهم[1] ، إلَّا شيئًا يُحْكَى عن[2] القاسمِ بن إبراهيمَ[3] ، أنه أباحَ تِسْعًا ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ

(٨٤) فى م : « مسألة » .

(٨٥) أى أبو سعيد مولى أبى أسيد . وفى ا زيادة : « سالم » . خطأ .

(٨٦) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٢٦ ، ٢٧ . ويضاف إليه : كما أخرجه عبد الرزاق أيضا ، فى : باب ما يبدأ الرجل الذى يدخل على أهله ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٩٢ .

(٨٧) فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفى : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٢ / ٧٥٧ .

(٨٨) فى ا ، ب ، م : « واشترى » .

(١) سقط من : ا ، م .

(٢) فى م زيادة : « ابن » .

(٣) القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل الحسنى الرسى ، ولد سنة تسع وستين ومائة ، وينسب إليه القاسمية من الزيدية . تاريخ التراث العربى ١ / ٣ / ٣٢٨ .

النِّسَاءِ مَثْنَى وثُلَاثَ ورُبَاعَ ﴾[٤] . والواو للجَمْعِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ مات عن تِسْعٍ . وهذا ليس بشيءٍ لأنَّه خَرْقٌ للإجْماعِ ، وتَرْكٌ للسُّنَّةِ ، فإنَّ رسولَ الله ﷺ قال لغَيْلانَ بن سَلَمةَ ، حين أسْلَمَ وتَحْته عَشْرُ نِسْوةٍ : « أمْسِكْ أرْبَعًا ، وفَارِقْ سائِرَهُنَّ » . وقال نَوْفَلُ ابن مُعَاوِيةَ : أسْلَمْتُ وتَحتِي خَمْسُ نِسْوةٍ ، فقال لى[٥] النَّبِىُّ ﷺ : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . روَاهما الشافعيُّ ، فى « مُسْنَدِه »[٦] . وإذا مُنِعَ من اسْتِدامةِ زِيادَةٍ على[٧] أرْبَعٍ ، فالابْتِداءُ أوْلَى ، فالآية أُرِيدَ بها التَّخْيِيرُ بين اثْنَتَيْنِ وثلاثٍ وأرْبعٍ ، كما قال : ﴿ أُوْلِي أَجْنِحَةٍ مَّثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾[٨] . ولم يُرِدْ أنَّ لكُلِّ مَلَكٍ تِسْعةَ أجْنِحةٍ ، ولو أراد ذلك لقال : تِسْعةً . ولم يكُنْ للتَّطْوِيلِ مَعْنًى ، ومن قال غيرَ هذا فقد جَهِلَ اللغةَ العربيةَ . وأمَّا النَّبِىُّ ﷺ فمَخْصُوصٌ بذلك ، ألا تَرَى أنَّه جَمَعَ بين أرْبَعةَ عَشَرَ .

١١٣٧ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أنْ يَجْمَعَ إلَّا اثْنَتَيْنِ)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ للعَبْدِ أن يَنْكِحَ اثْنَتَيْنِ ، واخْتلَفُوا فى إباحَةِ الأرْبعِ ، فمذْهَبُ أحمدَ ، أنَّه لا يُبَاحُ له[١] إلَّا اثْنَتانِ وهو[٢] قولُ عمرَ بن الخَطَّاب ، وعلىٍّ ، وعبدِ الرحمنِ بن

---

(٤) سورة النساء ٣ .

(٥) سقط من : ا ، م .

(٦) فى : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعى ٢ / ١٦ .

كما أخرج الأول الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٠ ، ٦١ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٨ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٨٦ . والإمام أحمد ، فى المسند ٢ / ٤٤ .

وكما أخرج الثانى البيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٤ .

(٧) فى ا ، م : « عن » .

(٨) سورة فاطر ١ .

(١) سقط من : ب .

(٢) فى الأصل ، م : « هذا » .

عَوْف ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وبه قال عطاءٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وقَتادةُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال القاسمُ بن محمدٍ ، وسالمُ بن عبدِ الله ، وطاوُسٌ ، ومُجاهِدٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعةُ ، ومالكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ : له نِكاحُ أرْبَعٍ ؛ لعُمُومِ الآيةِ ، ولأنَّ هذا[3] طَرِيقُهُ[4] اللَّذَّةُ والشَّهْوةُ ، فساوَى العَبْدُ الحُرَّ فيه ، كالمَأْكُولِ . ولَنا ، قولُ مَن سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولم يُعْرَفْ لهم مُخالِفٌ فى عَصْرِهم ، فكان[5] إجماعًا . وقد رَوَى لَيْثُ بن أبى سُلَيْمٍ ، عن الحَكَمِ بن عُتَيْبَةَ[6] ، قال : أجْمَعَ أصحابُ رَسُولِ / اللهِ ﷺ ، على أنَّ العَبْدَ لا يَنْكِحُ أكثرَ من اثْنَتَيْنِ[7] . ويُقَوِّى هذا ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، بإسْنادِه عن محمدِ بن سِيرِينَ ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، سَأَلَ النَّاسَ : كم يتَزَوَّجُ العَبْدُ ؟ فقال عبدُ الرحمنِ بن عَوْفٍ : باثْنَتَيْنِ[8] ، وطَلَاقُه باثْنَتَيْنِ[8] . فدَلَّ[9] هذا على أنَّ ذلك كان بمَحْضرٍ من الصَّحابةِ وغيرِهم ، فلم يُنْكَرْ ، وهذا يَخُصُّ عُمُومَ الآيةِ ، على أنَّ فيها ما يَدُلُّ على إرادةِ الأحْرارِ ، وهو قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾[10] . ويُفارِقُ النِّكاحُ المَأْكُولَ ، فإنَّه مَبْنِىٌّ على التَّفَضُّلِ[11] . ولهذا فارَقَ النبىُّ ﷺ فيه أُمَّتَه ، ولأنَّ فيه مِلْكًا ، والعَبْدُ يَنْقُصُ فى المِلْكِ عن الحُرِّ .

٤١/٧ ظ

---

(٣) فى الأصل ، م : « هذه » .

(٤) فى م : « طريقة » .

(٥) فى ب : « فيكون » .

(٦) فى الأصل ، ا ، م : « عقبة » . وتقدم فى : ٣ / ٤٤٩ .

(٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح العبد وطلاقه ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٨ .

(٨) فى الأصل ، ا ، ب : « ثنتين » .

وأخرجه الشافعى ، فى : باب فى العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب مسند الإمام الشافعى ٢ / ٥٧ . والبيهقى ، فى : باب نكاح العبد وطلاقه ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٨ .

(٩) فى الأصل : « ويدل » .

(١٠) سورة النساء ٣ .

(١١) لعل الصواب : « التفضيل » .

١١٣٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أنْ يَتَسَرَّى بإذْنِ سَيِّدِهِ)

هذا هو[(١)] المَنْصُوصُ عن أحمدَ فى رِوايةِ الجماعةِ . وهو قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، والأَوْزَاعِىِّ[(٢)] ، وأبى ثَوْرٍ . وكَرِهَ ذلك ابنُ سِيرِينَ ، وحَمَّادُ بن أبى سُلَيمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وللشافعىِّ فيه[(٣)] قَوْلان مَبْنِيَّانِ على أنَّ العَبْدَ هل يَمْلِكُ بتَمْلِيكِ سَيِّدِه أو لا ؟ وقال القاضى أبو يَعْلَى : يَجِبُ أن يكونَ فى مَذْهَبِ أحمدَ فى تَسَرِّى العَبْدِ وَجْهان ، مَبْنِيَّانِ على الرِّوايَتَيْنِ فى ثُبُوتِ المِلْكِ له بتَمْلِيكِ سَيِّدِه . واحْتَجَّ مَنْ مَنَعَ ذلك بأنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ المالَ ، ولا يَجُوزُ له[(٤)] الوَطْءُ إلَّا فى نِكاحٍ أو مِلْكِ يَمينٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾[(٥)] . ولَنا ، قولُ ابنِ عمرَ وابنِ عباسٍ ، ولا نَعْرِفُ لهما فى الصَّحابةِ مُخالِفًا . روَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن ابنِ عمرَ ، أنَّه كان لا يَرَى بَأْسًا أن يَتَسَرَّى العَبْدُ ، ونحوَه عن ابنِ عباسٍ[(٦)] . ولأنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ[(٧)] النِّكاحَ ، فمَلَكَ التَّسَرِّىَ ، كالحُرِّ . وقولُهم : إنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ المالَ . ممنوعٌ ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « مَنِ اشْتَرَى عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ »[(٨)] . فجَعَلَ المالَ له ، ولأنَّه آدَمِىٌّ ، فمَلَكَ[(٩)] المالَ كالحُرِّ ، وذلك لأنَّه بآدَمِيَّتِه يَتَمَهَّدُ لأَهْلِيَّةِ المِلْكِ ، إذْ كان

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م زيادة : « والثورى » . ويأتى .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥) سورة المؤمنون ٦ ، ٧ .

(٦) ما رواه الأثرم عن ابن عمر وابن عباس ، رواه أيضا عبد الرزاق ، فى : باب استسرار العبد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢١٤ ، ٢١٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى العبد يتسرى ، من رخص فيه ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تلد لستة أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٦٩ ، ٧٠ . والبيهقى ، فى : باب استسرار العبد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٢ .

(٧) فى الأصل ، ا زيادة : « فى » .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢١ .

(٩) فى الأصل : « فتملك » .

اللهُ تعالى خَلَقَ الأَموالَ للآدَمِيِّين ، لِيَسْتَعِينُوا بها على القِيامِ بوَظائِفِ التَّكالِيف ، وأداءِ[10] العِباداتِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾[11] . والعَبْدُ داخلٌ فى العُمُومِ ، ومن أَهْلِ التَّكْلِيفِ والعباداتِ ، فيكونُ أَهْلًا للمِلْكِ ، ولذلك مَلَكَ فى النِّكاحِ ، وإذا ثَبَتَ المِلْكُ للْجَنِينِ ، مع كَوْنِه نُطْفةً لا حَياةَ فيها ، باعْتِبارِ مَآلِه إلى الآدَمِيَّةِ ، فالعَبْدُ الذى هو آدَمِىٌّ مُكَلَّفٌ أَوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا يَجُوزُ له التَّسَرِّى إلَّا بإذْنِ سَيِّده ، ولو مَلَّكَه سَيِّدُه جارِيةً ، / لم يُبَحْ له وَطْؤُها حتى يَأْذَنَ [12]له فيه[12] ؛ لأنَّ مِلْكَه ناقِصٌ ، ولِسَيِّده نَزْعُه منه متى شاء من غيرِ فَسْخِ عَقْدٍ ، فلم يكُنْ له التَّصَرُّفُ فيه إلَّا بإذْنِ سَيِّده . فإن أَذِنَ له فقال : تَسَرَّاها[13] . أو : أَذِنْتُ لك فى وَطْئِها . أو ما دَلَّ عليه ، أُبِيحَ له ، وما وُلِدَ له من التَّسَرِّى فحُكْمُه حكمُ مِلْكِه ؛ لأنَّ الجارِيةَ مَمْلُوكةٌ له ، فكذلك وَلَدُها . وإن تَسَرَّى بغيرِ إذْنِ سَيِّده ، فالوَلَدُ مِلْكٌ لسَيِّده[14] .

٤٢/٧ و

فصل : وله التَّسَرِّى بما شاء ، إذا أَذِنَ له السَّيِّدُ فى ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ مَن جازَ له التَّسَرِّى ، جاز [15]له بغيرِ[15] حَصْرٍ كالحُرِّ . فإن أَذِنَ له وأَطْلَقَ ، فله[16] التَّسَرِّى[17] بواحِدَةٍ . وكذلك إذا أَذِنَ له فى التَّزْوِيج ، لم يَجُزْ أن يتزَوَّجَ أكثرَ من واحدةٍ . وبهذا قال أصحابُ الرَّأْيِ . [18]وقال أبو ثَوْرٍ : إذا[18] أُذِنَ له فى التَّزْوِيج ، فعَقَدَ على اثْنَتَيْنِ فى عَقْدٍ ، جاز . ولَنا ، أنَّ الإذْنَ المُطْلَقَ يتناوَلُ أَقَلَّ ما يَقَعُ عليه الاسمُ يَقِينًا ، وما زاد

---

(١٠) فى ب : « وقضاء » .

(١١) سورة البقرة ٢٩ .

(١٢ – ١٢) سقط من : ب .

(١٣) فى م : « تسر بها » .

(١٤) فى ب ، م : « سيده » .

(١٥ – ١٥) فى م : « من غير » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى م زيادة : « تسرى » .

(١٨ – ١٨) فى م : « وأبو ثور وإذا » .

مَشْكوكٌ فيه ، فيَبْقَى على الأصْلِ ، كما لو أُذِنَ له[19] فى طَلَاقِ امْرَأتِه[20] ، لم يكُنْ له أن يُطَلِّقَ أكثرَ من واحدةٍ . ولأنَّ الزَّائِدَ على الواحدةِ يَحْتَمِلُ أن يكونَ غيرَ مُرَادٍ ، فيَبْقَى على أصْلِ التَّحْرِيمِ ، كما لو شَكَّ هل أُذِنَ له أو لا ؟ .

فصل : والمُكاتَبُ كالعَبْدِ القِنِّ ، لا يتزوَّجُ ولا يَتَسَرَّى إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ فى ذلك إتْلافًا للمالِ الذى فى يَدَيْه ، وقد قال عليه السلامُ : « المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ »[21] . وأمَّا المُعْتَقُ بعضُه ، فإذا مَلَكَ بجُزْئِه الحُرِّ جارِيةً ، فمِلْكُه تامٌّ ، وله الوَطْءُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[22] . ولأنَّ مِلْكَه عليها تامٌّ ، له التَّصرُّفُ فيها بما شاءَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فكذلك الوَطْءُ ، وما فيه من الرِّقِّ لا يَمْنَعُه من اسْتِيفاءِ ما يَمْلِكُه ، كما له أن يَتصرَّفَ ويَأْكُلَ ما مَلَكَه بِنصْفِه الحُرِّ . وقال القاضى : حُكْمُه حكمُ القِنِّ . وهو مَنْصُوصُ الشافعىِّ . وقال بعضُ أصْحابه كقَوْلِنا . واحْتَجَّ من مَنَعَ ذلك بأنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ بِنصْفِه الحُرِّ وَحْدَه ، ولذلك[23] مَنَعْناه التزْوِيجَ حتى يَأْذَنَ له سَيِّدُه . ولَنا ، أنَّه لا حَقَّ لِسَيِّدِه فيها ، ولا يَلْحَقُه ضَرَرٌ باسْتِمْتاعِه منها ، فلم يُعْتَبَرْ إذْنُه فيه[24] ، كاسْتِخْدامِها . وأمَّا التَّزويجُ ، فإنَّه يَلْزَمُه[25] به حُقُوقٌ تَتَعَلَّقُ بجُمْلَتِه ، فاعْتُبِرَ رِضَى السَّيِّد ، ليكونَ راضِيًا بتَعلُّقِ الحَقِّ بِمِلْكِه ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنَّ الحَقَّ له لا عليه . فأمَّا إن أَذِنَ له السَّيِّدُ[26] فيه جازَ ، إلَّا عندَ مَنْ مَنَعَ[27] العَبْدَ التَّسَرِّىَ ، لأنَّه كالقِنِّ فى قَوْلِهم .

---

(19) سقط من : ب .

(20) فى الأصل : « امرأة » .

(21) تقدم تخريجه فى صفحتى 124 ، 125 .

(22) سورة النساء 3 .

(23) فى ا ، ب ، م : « وكذلك » .

(24) فى ا ، م : « فيها » .

(25) فى الأصل : « يتعلق » .

(26) فى م : « سيده » .

(27) فى الأصل : « يمنع » .

٤٢/٧ظ

فصل : نَقَلَ محمدُ بن مَاهان / ، عن أحمدَ : لا بَأْسَ للعَبْدِ أن يَتَسَرَّى إذا أُذِنَ له سَيِّدُه ، فإن رَجَعَ السيدُ ، فليس له أن يَرْجِعَ إذا أُذِنَ له مَرَّةً وتَسَرَّى . وكذلك نَقَلَ عنه إبراهيمُ بن هانئ ، ويعقوبُ ابن بَخْتانَ ، ولم أَرَ عنه خِلَافَ هذا ، فظاهِرُ هذا أنَّه إذا تَسَرَّى بإذْنِ السَّيِّدِ[٢٨] لم يَمْلِكِ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ به البُضْعَ ، فلم يَمْلِكْ سَيِّدُه فَسْخَه ، قِياسًا على النِّكاحِ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بالتَّسَرِّى هٰهُنا التزويجَ ، وسَمَّاهُ تَسَرِّيًا مَجازًا ، ويكونُ للسَّيِّدِ الرُّجوعُ فيما مَلَّكَ عَبْدَه . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ خِلَافُ هذا ؛ وذلك لأنَّه مَلَّكَه بُضْعًا أُبِيحَ له وَطْؤُه ، فلم يَمْلِكْ رُجُوعَه فيه ، كما لو زَوَّجَه . [٢٩]وما ذَكَره فى هذا الفَصْلِ مُناقِضٌ لما ذَكَر قبلَه فى صَدْرِ المسألةِ ، من قوله : ولسَيِّدِه نَزْعُه منه متى شاءَ من غيرِ فَسْخٍ[٢٩] .

١١٣٩ – مسألة ؛ قال : (وَمَتَى طَلَّقَ الْحُرُّ أو العَبْدُ طَلَاقًا يَمْلِكُ[١] الرَّجْعةَ أو لا يَمْلِكُهَا[٢] ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أنْ يَتزَوَّجَ أُخْتَها حَتَّى تَنقَضِيَ[٣] عِدَّتُهَا ، وكَذٰلِكَ إذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ أرْبَعٍ ، لَمْ يَتزَوَّجْ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، وكَذٰلِكَ الْعَبْدُ إذَا طَلَّقَ إحْدَى زَوْجَتَيْهِ)

وجملةُ ذلك أنَّ الرَّجُلَ إذا تَزَوَّجَ امرأةً ، [٤]حُرِّمَتْ عليه[٤] أُمُّها على التَّأْبِيدِ ، وتُحَرَّمُ عليه أُخْتُها وعَمَّتُها وخالَتُها وبِنْتُ أخِيها وبنتُ أُخْتِها تَحْرِيمَ جَمْعٍ ، وكذلك إذا[٥] تَزَوَّجَ الحُرُّ أرْبَعًا ، حُرِّمَتِ الخامسةُ تَحْرِيمَ جَمْعٍ . وإن تَزَوَّجَ العَبْدُ اثْنَتَيْنِ ، حُرِّمَتِ الثالثةُ

---

(٢٨) فى ب : « سيده » .

(٢٩ – ٢٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(١) فى ا زيادة : « فيه » .

(٢) فى ا ، ب ، م : « يملك » .

(٣) فى ب : « تقضى » .

(٤ – ٤) فى الأصل : « حرم على » .

(٥) فى م : « إن » .

تحريمَ جمعٍ . فإذا طلّقَ زَوْجَتَه طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، فالتَّحْرِيمُ باقٍ[6] بحالِه فى قولِهم جميعًا ، وإن كان الطلاقُ بائنًا أو فَسْخًا ، فكذلك عندَ إمامِنا حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وزيدِ بن ثابتٍ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، ومُجاهدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال القاسمُ بن محمدٍ ، وعُرْوَةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المنذرِ : له نِكاحُ جميعِ مَنْ سَمَّيْنا فى تحريمِ الجَمْعِ . ورُوِىَ ذلك عن زيدِ بن ثابتٍ ؛ لأنَّ المُحَرَّمَ الجَمْعُ بينهما فى النِّكاحِ ، بدليلِ قولِه تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ . أى نِكَاحُهُنَّ ، ثم قال : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[7] . مَعْطُوفًا عليه ، والبائِنُ ليست فى نِكاحِه ، ولأنَّها بائِنٌ فأشْبهتِ المُطَلَّقةَ قبلَ الدُّخُولِ . ولَنا ، قولُ علىٍّ ، وابنِ عباسٍ . ورُوِىَ عن عَبِيدَةَ السَّلْمانِىِّ أنَّه قال : ما أَجْمَعَتِ الصَّحابةُ على شىءٍ ، كإجْماعِهِم على أَرْبَعٍ قبلَ الظُّهْرِ ، وأن لا تُنْكَحَ امْرأةٌ فى عِدَّةِ أُخْتِها . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ باللهِ / والْيَوْمِ الآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعْ مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[8] . ورُوِىَ عن أبى الزِّنادِ ، قال : كان للوَليدِ بن عبدِ المَلِكِ أرْبَعُ نِسْوةٍ ، فطَلَّقَ واحدةً الْبَتَّةَ ، وتَزَوَّجَ[9] قبلَ أن تَحِلَّ ، فعابَ ذلك عليه كثيرٌ من الفُقَهاءِ ، وليس كلُّهم عابَه[10] . قال سعيدُ بن منصورٍ : إذا عابَ عليه سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، فأىُّ شىءٍ بَقِىَ ! ولأنَّها مَحْبُوسةٌ عن النِّكاحِ لِحَقِّه ، أشْبَهَ مالو كان الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ، ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ فى حَقِّه ، أشْبَهتِ الرَّجْعِيَّةَ ، وفارَقَ المُطَلَّقةَ قبلَ الدُّخُولِ بها[11] .

٤٣/٧و

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سورة النساء ٢٣ .

(٨) انظر تلخيص الحبير ، فى : باب موانع النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ٣ / ١٦٦ .

(٩) فى الأصل : « وزوج » .

(١٠) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الحكم فى امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٤٠٠ .

(١١) فى الأصل : « بهذا » .

فصل : ولو أسْلَم زَوْجُ المَجُوسيَّةِ أو الوَثَنِيَّةِ ، أو انْفَسَخَ النِّكاحُ بين الزَّوْجَيْنِ بِخُلْعٍ أو رَضاعٍ أو فَسْخٍ بعَيْبٍ أو إعْسارٍ أو غيرِه ، لم يكُنْ له أن يتزَوَّجَ أحدًا ممَّن يَحْرُمُ الجَمْعُ بينه وبين زَوْجَتِه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، (١٢ سواءٌ قُلْنا بتَعْجِيلِ الفُرْقَةِ أو لم نَقُلْ . وإن أسْلَمَتْ زَوْجَتُه ، فتزَوَّجَ أُخْتَها فى عِدَّتِها ١٢) ، ثم أسْلَما فى عِدَّةِ الأُولَى ، اخْتارَ منهما واحدةً ، كما لو تزَوَّجَهُما مَعًا . وإن أسْلَمَ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ الأُولَى ، بانَتْ ، وثَبَتَ نِكاحُ الثانيةِ .

فصل : إذا أعْتَقَ أُمَّ وَلَدِه(١٣) ، أو أمَةً كان يُصِيبُها ، فليس له أن يتزَوَّجَ أُخْتَها حتى يَنْقَضِىَ اسْتِبْراؤُها . نَصَّ عليه أحمدُ فى أُمِّ الوَلَدِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدُ بن الحسنِ : يَجُوزُ ؛ لأنَّها ليست بزَوْجَةٍ(١٤) ، ولا فى عِدَّةٍ من نِكاحٍ . ولَنا ، أنَّها مُعْتَدَّةٌ منه ، فلم يَجُزْ له نِكاحُ أُخْتِها ، كالمُعْتَدَّةِ من نِكاحٍ أو وَطْءٍ بشُبْهةٍ ، ولأنَّه لا يَأْمَنُ أن يكونَ ماؤُه فى رَحِمِها ، فيكونَ داخِلًا فى عُمُومِ من جَمَعَ ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، ولا يُمْنَعُ من نِكاحِ أرْبَعٍ سِوَاها . ومَنَعَه زُفَرُ . وهو غَلَطٌ ؛ لأنَّ ذلك جائزٌ قبلَ إعْتاقِها ، فبَعْدَه أَوْلَى .

فصل : ولا يُمْنَعُ من نِكاحِ أمَةٍ فى عِدَّةِ حُرَّةٍ بائنٍ . ومَنَعَه أبو حنيفةَ ، كما يَحْرُمُ عليه أن يتزَوَّجَها فى صُلْبِ نِكَاحِها . ولَنا ، أنَّه عادِمٌ للطَّوْلِ ، خائِفٌ للعَنَتِ ، فأُبِيحَ له نِكاحُها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾(١٥) . الآية . ولا نُسَلِّمُ أنه لا يَجُوزُ فى صُلْبِ نِكَاحِ الحُرَّةِ ، بل يجوزُ إذا تَحَقَّقَ الشَّرْطان .

فصل : وإن زَنَى بامْرأةٍ ، فليس له أن يتزَوَّجَ أُخْتَها(١٦) حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، وحُكْمُ العِدَّةِ من الزِّنَى والعِدَّةِ من وَطْءِ الشُّبْهةِ ، كحُكْمِ العِدَّةِ من النِّكاحِ . فإن زَنَى بأُخْتِ امْرأتِه ، فقال أحمدُ : يُمْسِكُ عن وَطْءِ امْرأتِه حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ . وقد

(١٢ – ١٢) سقط من : ب .

(١٣) فى م : « الولد » .

(١٤) فى م : « زوجة » .

(١٥) سورة النساء ٢٥ .

(١٦) فى م : « بأختها » .

ذُكِرَ عنه فى المَزْنِىِّ بها أنَّها تُسْتَبْرأُ[17] بحيضَةٍ ؛ لأنَّه وَطءٌ فى[18] غيرِ نكاحٍ ، ولا أحْكامُه أحْكامُ النكاحِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَحْرُمُ بذلك أُخْتُها ، ولا أرْبَعٌ سِوَاها ؛ لأنَّها / ليست مَنْكُوحةً ، ومُجَرَّدُ الوَطْءِ لا يَمْنَعُ ، بدَلِيلِ الوَطْءِ فى مِلْكِ اليَمينِ لا يَمْنَعُ أرْبعًا سِوَاها .

٤٣/٧ظ

فصل : وإذا ادَّعَى الزَّوجُ أنَّ امْرَأتَه أخْبَرَتْه بانْقِضاءِ عِدَّتِها فى مُدَّةٍ يجوزُ انْقِضاؤُها فيها ، وكَذَّبَتْه ، أُبِيحَ له نِكاحُ أُخْتِها وأرْبعٍ سِوَاها فى الظاهرِ ، فأمَّا فى الباطِنِ ، فمَبْنِىٌّ[19] على صِدْقِه فى ذلك ؛ لأنَّه حَقٌّ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فيُقْبَلُ قَوْلُه فيه ، ولا يُصَدَّقُ فى نَفْيِ نَفَقَتِها وسُكْناها ونَفْيِ النَّسَبِ ؛ لأنَّه حَقٌّ لها ولوَلَدِها ، فلا يُقْبَلُ[20] قولُه فيه . وبه قال الشافعىُّ وغيرُه . وقال زُفَرُ : لا يُصَدَّقُ فى شىءٍ ؛ لأنَّه قولٌ واحدٌ ، لا يُصَدَّقُ فى بعضِ حُكْمِه ، فلا يُصَدَّقُ فى البعضِ الآخَرِ ، قياسًا لأحَدِهما على الآخَرِ ؛ وذلك لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ القَوْلُ الواحدُ صِدْقًا كَذِبًا . ولَنا ، أنَّه قولٌ يَتَضَمَّنُ إبْطالَ حَقٍّ لغيرِه ، وحقًّا له لا ضَرَرَ على غيرِه فيه ، فوَجَبَ أن يُصَدَّقَ فى أحَدِهما دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا ، ثم أقَرَّ أنَّ البائعَ كان أعْتَقَه ، صُدِّقَ فى حُرِّيَّتِه ، ولم يُصَدَّقْ فى الرُّجُوعِ بثَمَنِه . وكذلك[21] لو أقَرَّ أنَّ امرأتَه أُخْتُه من الرَّضاعِ قبلَ الدُّخولِ ، صُدِّقَ فى بَيْنُونَتِها وتَحْرِيمِها عليه ، ولم يُصَدَّقْ فى سُقُوطِ مَهْرِها .

١١٤٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ خَطَبَ امْرَأَةً ، فزُوِّجَ بِغَيْرِهَا ، لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ)

معنى ذلك أن يَخْطُبَ الرجلُ امرأةً بعَيْنِها ، فيُجابَ إلى ذلك ، ثم يُوجَبَ له النِّكاحُ فى

---

(١٧) فى م : « تستبرئ » .

(١٨) فى م : « من » .

(١٩) فى ا ، ب ، م : « فيبنى » .

(٢٠) فى م : « فيقبل » .

(٢١) فى م : « وكما » .

غيرِها ، وهو يَعْتَقِدُ أنَّها التى خَطَبَها ، فيَقْبَلُ ، فلا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ ؛ لأنَّ القَبولَ انْصَرفَ إلى غيرِ مَنْ وُجِدَ الإيجابُ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو ساوَمَه بثَوْبٍ وأَوْجَبَ العَقْدَ فى غيرِه بغيرِ عِلْمِ المُشْتَرِى . فلو عَلِمَ الحالَ بعدَ ذلك ، فرَضِىَ ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ خَطَبَ جارِيَةً ، فزَوَّجُوه أُخْتَها ، ثم عَلِمَ بعدُ : يُفَرَّقُ بينهما ، ويكونُ الصَّداقُ على وَلِيِّها ؛ لأنَّه غَرَّه ، ويُجَهِّزُ إليه أُخْتَها التى خَطَبَها بالصَّداقِ الأوَّلِ ، فإن كانت تلك قد وَلَدَتْ منه ، يَلْحَقُ به الوَلَدُ . وقولُه : يُجَهِّزُ إليه أُخْتَها . يعنى - واللهُ أعلم - بعَقْدٍ جديدٍ ، بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ هذه إن كان أصَابَها ؛ لأنَّ العَقْدَ الذى عَقَدَه لم يَصِحَّ فى واحدةٍ منهما ؛ لأنَّ الإيجابَ صَدَرَ فى إحْداهما ، والقبولَ فى الأُخْرَى[1] ، فلم يَنْعَقِدْ فى هذه ولا فى تلك . فإن اتَّفَقُوا على تجديدِ عَقْدٍ فى إحداهما أيَّتِهما كان ، جازَ . وقال أحمدُ ، فى رجلٍ تزوَّجَ امرأةً ، فأُدْخِلَتْ عليه أُخْتُها : لها المَهْرُ بما أصابَ منها ، ولأُخْتِها المَهْرُ . قيل : يَلْزَمُه مَهْران ؟ قال : نعم ، ويَرْجِعُ على وَلِيِّها ، هذه مثل التى / بها بَرَصٌ أو جُذَامٌ ، علىٌّ يقول : ليس عليه غُرْمٌ . وهذا ينبغِى أن يكونَ فى امرأةٍ جاهلةٍ بالحالِ[2] أو بالتَّحْرِيمِ ، أمَّا إذا عَلِمَتْ أنَّها ليست زَوْجَةً ، وأنَّها مُحَرَّمةٌ عليه ، وأمْكَنَتْه من نَفْسِها ، فلا يَنْبَغِى أن يَجِبَ لها صداقٌ ؛ لأنَّها زانِيَةٌ مُطاوِعَةٌ[3] . فأمَّا إن جَهِلَتِ الحالَ ، فلها المَهْرُ ، ويَرْجِعُ به على مَنْ غَرَّه . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى رَجُلَيْنِ تزوَّجا امْرأتينِ ، فزُفَّتْ كلُّ امرأةٍ إلى زَوْجِ الأُخْرَى : لهما الصَّداقُ ، ويعْتَزِلُ كلُّ واحدٍ منهما امْرأتَه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها[4] . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ .

٤٤/٧و

فصل : مِن شَرْطِ صِحَّةِ النِّكاحِ تَعْيِينُ الزَّوْجينِ ؛ لأنَّ كلَّ عاقِدٍ ومَعْقُودٍ عليه يَجِبُ تَعْيِينُهما ، كالمُشْتَرِى والمَبِيعِ ، ثم يُنْظَرُ ، فإن كانت المرأةُ حاضِرَةً ، فقال : زَوَّجْتُكَ

---

(١) فى م : « أخرى » .

(٢) فى الأصل ، ب : « الحال » .

(٣) فى م : « تطاوعه » .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب الاختلاف فى مهرها ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤٤١ . وعبد الرزاق ، فى : باب نكاحها فى عدتها ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٠٩ .

هذه . صَحَّ ، فإنَّ الإشارَةَ تكفِي فى التَّعْيِينِ ، فإن زادَ على ذلك ، فقال : بِنْتِى هذه ، أو هذه فلانةَ . كان تأْكِيدًا ، وإن كانت غائِبةً ، فقال : زَوَّجْتُكَ بِنْتِى . وليس له سِواها ، جاز . فإن سَمَّاها باسْمِها مع ذلك ، كان تأْكِيدًا . فإن كان له ابْنتانِ أو أكثرُ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . لم يَصِحَّ حتى يَضُمَّ إلى ذلك ما تَتَميَّزُ به ، من اسْمٍ أو صِفَةٍ ، فيقولَ : زَوَّجْتُكَ ابنتِى الكُبْرَى أو الوُسْطَى أو الصُّغْرَى . فإن سَمَّاها مع ذلك كان تأْكِيدًا . وإن قال : زَوَّجْتُكَ ابنتِى عائشةَ ، أو فاطمةَ . صَحَّ . وإن كانت له ابنةٌ واحدةٌ اسْمُها فاطمةُ ، فقال : زَوَّجْتُكَ فاطمةَ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ هذا الاسمَ مُشْتَرَكٌ بينها وبين سائرِ الفَواطِمِ ، حتى يقولَ مع ذلك : ابْنَتِى . وقال بعضُ الشَّافعيَّةِ : يَصِحُّ إذا نَوَياها جميعًا . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ النِّكاحَ تُعْتَبرُ فيه الشَّهادةُ على وَجْهٍ يُمْكِنُ أداؤُها إذا ثَبَتَ به العَقْدُ ، وهذا متعذِّرٌ فى النِّيَّةِ ، ولذلك لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وله بَناتٌ ، لم يَصِحَّ حتى يُمَيِّزَها بلَفْظِه . وإن قال : زَوَّجْتُكَ فاطمةَ ابنةَ فُلانٍ . احْتاجَ أن يَرْفَعَ فى نَسَبِها حتى يَبْلُغَ ما تَتَميَّزُ به عن النِّساءِ .

فصل : فإن كان له ابْنَتانِ ، كُبْرَى اسْمُها عائشةُ ، وصُغْرَى اسمُها فاطمةُ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى عائشةَ . وقَبِلَ الزَّوْجُ ذلك ، وهما يَنْوِيانِ الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ . ذكَره أبو حَفْصٍ . وقال القاضى : يَصِحُّ فى التى نَوَياها . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ لوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّهما لم يتَلَفَّظَا بما يَصِحُّ العَقْدُ بالشَّهادةِ عليه ، فأشْبَهَ ما لو قال : زَوَّجْتُكَ عائشةَ . فقط . أو ما لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . ولم يُسَمِّها ، وإذا لم يَصِحَّ / فيما إذا لم يُسَمِّها ، ففيما إذا سَمَّاها بغيرِ اسْمِها أَوْلَى أن لا يَصِحَّ . والثانى ، أنَّه لا يصحُّ النِّكاحُ حتى تُذْكَرَ المرأةُ بما تتميَّزُ به ، ولم يُوجَدْ ذلك ، فإنَّ اسْمَ أُخْتِها لا يُمَيِّزُها ، بل يَصْرِفُ العَقْدَ عنها . وإن كان الوَلِىُّ يريدُ الكُبْرَى ، والزَّوْجُ يَقْصِدُ الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ ، كمسألةِ الْخِرَقِىِّ ، فيما إذا خَطَبَ امرأةً وزُوِّجَ غيرَها ؛ لأنَّ القَبُولَ انْصَرَفَ إلى غيرِ مَنْ وُجِدَ الإيجابُ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إذا لم يتقدَّمْ ذلك ما يَصْرِفُ القَبُولَ إلى الصُّغْرَى ، من خِطْبَةٍ ونحوِها ، فإنَّ العَقْدَ بلَفْظِه مُتناوِلٌ للكُبْرَى ، ولم يُوجَدْ ما يَصْرِفُه عنها ، فصَحَّ ، كما لو نَوَياها . ولو نَوَى الوَلِىُّ الصُّغْرَى ، والزَّوْجُ الكبرَى ، أو نَوَى الولِىُّ الكبرَى ، ولم

٧/٤٤ ظ

يَدْرِ الزوجُ أيَّتهما هى ، فعَلَى الأوَّلِ لا يَصِحُّ التَّزويجُ ؛ لعَدَمِ النِّيَّةِ منهما فى التى يتناوَلُهما لَفظُهما . وعلى الاحتمالِ الذى ذكَرْناه ، يَصِحُّ فى المُعَيَّنةِ باللَّفظِ ؛ لما ذكَرْناه .

فصل : فإن كان له ابنةٌ واحدةٌ ، فقال لرَجُلٍ : زَوَّجْتُكَ ابنَتِى . وسَمَّاها بغيرِ اسْمِها ، فقال القاضى : يَصِحُّ . وهو قولُ أصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ قولَه ابْنَتِى آكَدُ من التَّسْمِيةِ ؛ لأنَّها لا مُشارَكةَ فيها ، والاسْمُ مُشْتَركٌ . ولو قال : زَوَّجْتُكَ هذه . وأشارَ إليها ، وسَمَّاها بغيرِ اسْمِها ، يَجِبُ أن يَصِحَّ على هذا التَّعْلِيلِ .

فصل : ولو قال : زَوَّجْتُكَ حَمْلَ هذه المرأةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ له حكمُ البناتِ قبلَ الظُّهورِ ، فى غيرِ الإرْثِ والوَصِيَّةِ ، ولأنَّه لم يتَحَقَّقْ أنَّ فى البَطْنِ بِنْتًا ، فأشْبَهَ ما لو قال : زَوَّجْتُكَ مَنْ فى هذه الدارِ . وهما لا يَعْلَمان مَن[5] فيها . ولو قال : إذا وَلَدَت امْرأتِى بِنْتًا زَوَّجْتُكَها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ للنِّكاحِ على شَرْطٍ ، والنِّكاحُ لا يتعلَّقُ [6]على شَرْطٍ[6] ، ولأنَّ هذا مُجَرَّدُ وَعْدٍ لا يَنْعَقِدُ به عَقْدٌ .

١١٤١ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا تَزَوَّجَها ، وشَرَطَ لَهَا أنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا أو بَلَدِهَا[1] ، فَلَهَا شَرْطُهَا ؛ لِمَا رُوِىَ عَنِ النَّبِىِّ ﷺ أنَّهُ قَالَ : « أحَقُّ مَا أوْفَيْتُم بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا استَحْلَلْتُم بِهِ الفُرُوجَ » . وإن تَزَوَّجَها ، وشَرَطَ لَهَا أنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَلَهَا فِرَاقُهُ إذَا[2] تَزَوَّجَ عَلَيْهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ الشروطَ فى النِّكاحِ تنْقَسِمُ أقْساما ثلاثةً ؛ أحدها ، ما يَلْزَمُ الوفاءُ به ، وهو ما يَعُودُ إليها نَفْعُه وفائِدَتُه ، مثل أن يَشْتَرِطَ لها أن لا يُخْرِجَها من دارِها أو بَلَدِها ، أو لا يُسافِرَ بها ، أو لا يتَزَوَّجَ عليها ، ولا يتَسَرَّى عليها ، فهذا يَلْزَمُه الوفاءُ لها به ، فإن لم يَفْعَلْ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « ما » .

(٦ – ٦) فى الأصل : « بشرط » .

(١) فى م : « وبلدها » .

(٢) فى الأصل : « إن » .

فلها فَسْخُ النكاحِ . يُرْوَى هذا عن عمرَ بن الخطابِ ، وسعدِ بن أبي وَقّاصٍ ، ومعاويةَ ، وعمرِو بن العاصِ ، رَضِيَ / اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وطاوُسٌ ، والأَوْزاعيُّ ، وإسحاقُ . وأَبْطَلَ هذه الشروطَ الزُّهْرِيُّ ، وقَتادَةُ ، وهشامُ بن عُرْوَةَ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ : ويَفْسُدُ المَهْرُ دون العَقْدِ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ . واحْتَجُّوا بقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وإنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ »[3] . وهذا ليس فى كِتابِ الله ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لا يَقْتَضِيه . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « الْمُسْلِمونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا ، أو حَرَّمَ حَلَالًا »[4] . وهذا يُحَرِّمُ الحَلالَ ، وهو التزويجُ والتَّسَرِّى والسَّفَرُ ، ولأنَّ هذا شَرْطٌ ليس من مَصْلحةِ العَقْدِ ولا مُقْتَضاه ، ولم يُبْنَ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايةِ ، فكان فاسِدًا ، كما لو شَرَطَتْ أن لا تُسَلِّمَ نَفْسَها . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « إنَّ أَحَقَّ ما وَفَّيْتُمْ[5] بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ[6] مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » . رواه سعيدٌ[7] . وفى لَفْظٍ[8] : « إنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهَا ، مَا اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الفُرُوجَ » . مُتَّفَقٌ عليه[9] . وأيضا قولُ النبيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ على

---

(٣) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٢٦ .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠ . ويضاف إليه : وأخرجه الترمذى ، فى : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٥) فى الأصل ، ا ، م : « أوفيتم » .

(٦) فى م : « الشرط » .

(٧) فى : باب ما جاء فى الشرط فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٠ .

(٨) فى م : « رواية » .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى المهر عند عقدة النكاح ... ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣ / ٢٤٩ . ومسلم ، فى : باب الوفاء بالشرط فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٥٨ . والدارمى ، فى : باب الشرط فى النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٤٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

شُرُوطِهِمْ » . ولأنَّه قولُ مَنْ سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولا نعلمُ لهم مُخالِفًا فى عَصْرِهم ، فكان إجماعًا . ورَوَى الأَثْرَمُ بإسْنادِه ، أنَّ رَجُلًا تزوَّجَ امرأةً ، وشَرَطَ لها دارَها ، ثم أراد نَقْلَها ، فخاصَمُوه إلى عمرَ ، فقال : لها شَرْطُها . فقال الرجلُ : إذًا تُطَلِّقِينا . فقال عمرُ : مَقَاطِعُ الحُقُوقِ عندَ الشُّرُوطِ[10] . ولأنَّه شَرْطٌ لها فيه مَنْفعةٌ ومَقْصُودٌ لا يَمْنَعُ المَقْصُودَ من النِّكاحِ ، فكان لازِمًا ، كما لو شَرَطَتْ عليه زِيادةً فى المَهْرِ أو غيرَ نَقْدِ البَلَدِ . وقولُه عليه السلام : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ اللهِ ، فَهُوَ باطِلٌ » . أى ليس فى حُكْمِ اللهِ وشَرْعِه ، [11]وهذا مَشْرُوعٌ[11] ، وقد ذكَرْنا ما دَلَّ على مَشْرُوعِيَّتِه ، على أنَّ الخِلافَ فى مَشْرُوعِيَّتِه وعلى مَنْ نَفَى ذلك الدليلُ . وقولُهم : إنَّ هذا يُحَرِّمُ الحَلَالَ . قُلْنا : لا يُحَرِّمُ حلالًا ، وإنَّما يُثْبِتُ للمَرْأَةِ خِيارَ الفَسْخِ إن لم يَفِ لها به . وقولُهم : ليس من مَصْلَحَتِه . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ ذلك ؛ فإنَّه من مصلحةِ المرأةِ ، وما كان من مصلحةِ العاقِدِ كان من مصلحةِ عَقْدِه ، كاشْتِراطِ الرَّهْنِ والضَّمِينِ فى البَيْعِ ، ثم يَبْطُلُ بالزِّيادةِ على مَهْرِ المِثْلِ ، وشَرْطِ غيرِ نَقْدِ البَلَدِ . إذا ثَبَتَ أنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فلم يَفِ لها به ، فلها الفَسْخُ ؛ ولهذا قال الذى قَضَى عليه عمرُ بلُزُومِ الشَّرْطِ : إذًا تُطَلِّقِينا . فلم يَلْتَفِتْ عمرُ إلى ذلك ، وقال : / مقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ . ولأنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فى عَقْدٍ ، فيَثْبُتُ[12] حَقُّ الفَسْخِ بتَرْكِ الوَفاءِ به ، كالرَّهْنِ والضَّمِينِ فى البَيْعِ .

٤٥/٧ ظ

فصل : فإن شَرَطَتْ عليه أن يُطَلِّقَ ضَرَّتَها ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : نَهَى النَّبِىُّ ﷺ أن تَشْتَرِطَ المرأةُ طَلاقَ أُخْتِها . وفى لفظٍ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال :

---

(١٠) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٩٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الشرط فى النكاح . السنن ١ / ١٨٥ .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى الأصل : « فثبت » .

« لَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا [(١٣)] لِتَكْتَفِئَ مَا فِي صَحْفَتِهَا [(١٣)] ، وَلْتَنْكِحْ ، [(١٤)] فَإِنَّ لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رواهما البُخَارِيُّ [(١٤)] . والنَّهْيُ يقْتَضِي فسادَ المَنْهِيِّ عنه ، ولأنَّها شَرَطَتْ عليه فَسْخَ عَقْدِه ، وإبطالَ حَقِّه وحَقِّ امْرأتِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَتْ عليه فَسْخَ بَيْعِه . وقال أبو الخَطَّابِ : هو شَرْطٌ لازِمٌ ؛ لأنَّه لا يُنافِي العَقْدَ ، ولها فيه فائدةٌ ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَتْ عليه أن لا يتزوَّجَ عليها . ولم أَرَ هذا لغيرِه ، وقد ذكَرْنا ما يَدُلُّ على فَسادِه ، وعلى قياسِ هذا ما [(١٥)] لو شَرَطَتْ عليه بَيْعَ أَمَتِه . القسم الثانى ، ما يُبْطِلُ الشَّرْطُ ، ويَصِحُّ العَقْدُ ، مثل أن يَشْتَرِطَ أن لا مَهْرَ لها ، أو أن لا يُنْفِقَ عليها ، أو [(١٦)] إن أصْدَقَها رَجَعَ عليها ، أو تَشْتَرِطَ عليه أن لا يَطَأَها ، أو يَعْزِلَ عنها ، أو يَقْسِمَ لها أقَلَّ من قَسْمِ صاحِبَتِها أو أكْثَرَ ، أو [(١٦)] لا يكونَ عندَها في الجُمُعةِ إلَّا ليلةً ، أو شَرَطَ لها النَّهارَ دون اللَّيلِ ، أو شَرَطَ على المرأةِ [(١٧)] أن تُنْفِقَ عليه ، أو تُعْطِيَه شيئًا ، فهذه الشُّروطُ كلُّها باطِلةٌ فى نَفْسِها ؛ لأنَّها تُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، ولأنَّها تتَضَمَّنُ إسْقاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بالعَقْدِ قبلَ انْعِقادِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أسْقَطَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ . فأمَّا العقدُ فى نَفْسِه فصَحِيحٌ ؛ لأنَّ هذه الشروطَ تَعُودُ إلى معنًى زائِدٍ فى العَقْدِ ، لا يُشْتَرَطُ ذِكْرُه ، ولا يَضُرُّ الجَهْلُ به ، فلم يُبْطِلْه [(١٨)] ، كما لو

(١٣ - ١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤ - ١٤) سقط من : م .

وتقدم التخريج فى : ٦ / ٣٠٦ . ويضاف إليه فيما يخص ما روى هنا : والبخارى ، فى : باب الشروط فى الطلاق ، من كتاب الشروط . وفى : باب وكان أمر الله قدرا مقدورا ، من كتاب القدر . صحيح البخارى ٣ / ٢٥١ ، ٨ / ١٥٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٩ ، ١٠٣٠ . وأبو داود ، فى : باب فى المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٦٥ ، ١٦٦ . والنسائى ، فى : باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح ، وفى : باب بيع المهاجر للأعرابى ، وباب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٦ / ٩٥ ، ٧ / ٢٢٤ ، ٢٢٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤١ ، ٤٢ ، ٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ .

(١٥) سقط من : ا ، م .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى الأصل : « امرأته » .

(١٨) فى م : « يبطل » .

شَرَطَ فى العَقْدِ صَدَاقًا مُحرَّمًا ، ولأَنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ مع الجَهْلِ بالعِوَضِ ، فجازَ أن يَنْعقِدَ مع الشَّرْطِ الفاسدِ ، كالْعَتَاقِ . وقد نَصَّ أحمدُ ، فى رَجُلٍ تَزَوَّجَ امرأةً ، وشَرَطَ عليها أن يَبِيتَ عندَها فى كلِّ جُمُعةٍ ليلةً ، ثم رَجَعَتْ وقالت : لا أَرْضَى إلَّا ليلةً وليلةً . فقال : لها أن تَنْزِلَ بطِيبِ نَفْسٍ منها ، فإنَّ ذلك جائزٌ . وإن قالتْ : لا أَرْضَى إلَّا بالمُقاسَمةِ . كان[19] ذلك حَقًّا لها ، تُطالِبُه إن شاءتْ . ونقل عنه الأَثْرَمُ ، فى الرَّجُلِ يتزوَّجُ المرأةَ ويَشْتَرِطُ عليها أن يَأْتِيَها فى الأيَّامِ : يجوزُ الشَّرْطُ ، فإن شاءتْ رَجَعَتْ . وقال فى الرجلِ يتزوَّجُ المرأةَ على أن تُنْفِقَ عليه فى كلِ شهرٍ خَمْسةَ دَرَاهِم ، أو عَشْرةَ دَرَاهِم : النكاحُ جائزٌ ، ولها أن تَرْجِعَ فى هذا الشَّرْطِ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ كلامٌ فى بعضِ هذه الشُّروطِ ، يَحْتَمِلُ إبْطالَ العَقْدِ . نَقَلَ عنه المَرُّوذِيُّ / فى النَّهارِيَّاتِ واللَّيْلِيَّاتِ : ليس هذا من نِكاحِ أهلِ الإسْلامِ . وممَّن كَرِهَ تَزْويجَ النَّهارِيَّاتِ حَمَّادُ بن أبى سُليمانَ ، وابن شُبْرُمةَ . وقال الثَّوْرِيُّ : الشَّرْطُ باطِلٌ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : إذا سَأَلَتْهُ أن يَعْدِلَ لها ، عَدَلَ . وكان الحَسَنُ ، [20] وعطاءٌ ، لا يَرَيانِ بنِكاحِ النهارِيَّاتِ بَأْسًا . وكان الحسنُ [20] لا يَرَى بأْسًا أن يتزوَّجَها ، على أن يَجْعَلَ لها من[21] الشهرِ أيَّامًا مَعْلُومةً . ولعل كَراهةَ مَنْ كَرِهَ ذلك ، راجعٌ إلى إبْطالِ الشَّرْطِ ، وإجَازةَ مَنْ أجازَه ، راجعٌ إلى أصْلِ النِّكاحِ ، فتكونُ أقوالُهم مُتَّفِقةً على صِحَّةِ النِّكاحِ وإبْطالِ الشَّرْطِ ، كما قُلْنا . واللهُ أعلم . وقال القاضى : إنَّما كَرِهَ أحمدُ هذا النِّكاحَ ؛ لأنَّه يَقَعُ على وَجْهِ السِّرِّ ، ونِكاحُ السِّرِّ مَنْهِيٌّ عنه ؛ فإن شُرِطَ عليه تَرْكُ الوطءِ ، احْتَمَلَ أن يَفْسُدَ العَقْدُ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يُنافِي المقصودَ من النكاحِ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وكذلك إن شُرِطَ عليه أن لا تُسَلِّمَ إليه ، فهو بمَنْزِلةِ ما لو اشْتَرَى شيئًا على أن لا يَقْبِضَه[22] . وإن شَرَطَ عليها أن لا يَطَأَها ، لم يَفْسُدْ ؛ لأنَّ الوَطْءَ حَقُّه عليها ، وهى لا تَمْلِكُه عليه . ويَحْتَمِلُ أن يَفْسُدَ ؛ لأنَّ لها فيه حقًّا ، ولذلك تَمْلِكُ مُطالَبته به إذا

٤٦/٧و

---

(١٩) فى الأصل : « فإن » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى ب ، م : « فى » .

(٢٢) فى ب : « يقتضيه » .

آلى ، والفَسْخَ إذا تعذَّرَ بالجَبِّ والعُنَّةِ . القسم الثالث ، ما يُبْطِلُ النكاحَ من أصْلِه ، مثل أن يَشْتَرِطَا تأْقِيتَ النِّكاحِ ، وهو نِكاحُ المُتْعةِ ، أو أن يُطَلِّقَها فى وَقْتٍ بعَيْنِه ، أو يُعَلِّقَه على شَرْطٍ ، مثل أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ إن رَضِيَتْ أُمُّها ، أو فلانٌ . أو يشْتَرِطَ الخيارَ فى النِّكاحِ لهما ، أو لأحَدِهما ، فهذه شروطٌ باطِلةٌ فى نَفْسِها ، ويَبْطُلُ بها النِّكاحُ . وكذلك إن جَعَلَ صَدَاقَها تَزْوِيجَ امرأةٍ أُخْرَى ، وهو نِكاحُ الشِّغَارِ ، ونَذْكُرُ ذلك فى مَوْضِعِه[٢٣] ، إن شاء اللهُ تعالى . وذكر أبو الْخَطَّابِ ، فيما إذا شَرَطَ الخِيارَ ، أو[٢٤] إنْ رَضِيَتْ أُمُّها ، أو إن جاءَها بالمَهْرِ فى وقتِ كذا ، وإلَّا فلا نِكاحَ بينهما ، رِوَايتَيْنِ ؛ إحداهما ، النِّكاحُ صحيحٌ[٢٥] ، والشَّرْطُ باطلٌ . وبه قال أبو ثَوْرٍ فيما إذا شَرَطَ[٢٦] الخِيارَ . وحكاه عن أبى حنيفةَ . وزَعَمَ أنَّه لا خِلافَ فيها . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : قال أحمدُ وإسحاقُ : إذا تزَوَّجَها على أنَّه إن جاء بالمَهْرِ فى وقتِ كذا وكذا[٢٧] ، وإلَّا فلا نِكاحَ بينهما ، الشَّرْطُ باطلٌ والعقدُ جائزٌ . وهو قولُ عطاءٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والأوْزاعىِّ . ورُوِىَ ذلك عن الزُّهْرِىِّ . ورَوَى ابنُ منصورٍ عن أحمدَ فى هذا ، أنَّ العقدَ والشرطَ جائزان ؛ لقولِه ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . والرِّوايةُ الأُخْرَى : يَبْطُلُ العَقْدُ من أصلِه فى هذا / كلِّه ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يكونُ إلَّا لازِمًا ، وهذا يُوجِبُ جوازَه ، ولأنَّه إذا قال : إن رَضِيَتْ أُمُّها ، أو إن جِئْتَنِى بالْمَهْرِ[٢٤] فى وقتِ كذا . فقد وَقَفَ النِّكاحَ على شَرْطٍ[٢٨] ، ولا يجوزُ وَقْفُه على شَرْطٍ . وهذا قولُ الشافعىِّ ، ونحوُه عن مالكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ .

٤٦/٧ ظ

---

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « مواضعه » .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى م : « الصحيح » .

(٢٦) فى ب : « اشترط » .

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) فى م : « الشرط » .

فصل : وإن شَرَطَ الخِيارَ فى الصَّداقِ خاصَّةً ، لم يَفْسُدِ النِّكاحُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَنْفرِدُ عن ذِكْرِ الصَّداقِ ، ولو كان الصَّداقُ حَرَامًا أو فاسِدًا لم يَفْسُدِ النِّكاحُ ، فبِأنْ[29] لا يَفْسُدَ بشرطِ الخِيارِ فيه أَوْلَى ، ويُخالِفُ البَيْعَ ، فإنَّه إذا فَسَدَ أحدُ العِوَضَيْنِ فيه فَسَدَ الآخرُ . فإذا ثَبَتَ هذا ، ففى الصَّداقِ ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، يَصِحُّ الصَّداقُ ، ويَبْطُلُ شَرْطُ الخِيارِ ، كما يَفْسُدُ الشَّرْطُ فى النِّكاحِ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ . والثانى ، يَصِحُّ ، ويَثْبُتُ الخِيارُ فيه ؛ لأنَّ عَقْدَ الصَّداقِ عقدٌ مُنْفَرِدٌ يَجْرِى مَجْرَى الأَثْمانِ ، فثَبَتَ[30] فيه الخِيارُ كالبِيَاعاتِ . والثالث ، يَبْطُلُ الصَّداقُ ؛ لأنَّها لم تَرْضَ به ، فلم يَلْزَمْها ، كما لو لم يُوافِقْه على شيءٍ .

١١٤٢ – مسألة ؛ قال : (ومَنْ أَرادَ أنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَلَهُ أنْ يَنْظُرَ إلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أنْ يَخْلُوَ بِهَا)

لا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خِلافًا فى إباحةِ النَّظَرِ إلى المرأةِ لمن أرادَ نِكاحَها ، وقد رَوَى جابرٌ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ ، فَإِنِ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إلَى مَا يَدْعُوهُ إلى نِكَاحِهَا ، فَلْيَفْعَلْ » . قال : فخَطَبْتُ امرأةً ، فكنتُ أتَخَبَّأُ لها ، حتى رأيتُ منها ما دعَانِى إلى نِكاحِها ، فتزَوَّجْتُها . رواه أبو داودَ[1] . وفى هذا أحاديثُ كثيرةٌ سوى هذا . ولأنَّ النكاحَ عقدٌ يقْتَضِى التَّمْلِيكَ ، فكان للعاقِدِ النَّظَرُ إلى المعْقودِ عليه ، كالنَّظَرِ إلى الأَمَةِ المُسْتامةِ . ولا بأْسَ بالنَّظَرِ إليها بإذْنِها وغيرِ إذْنِها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَ[2] بالنَّظَرِ وأَطْلَقَ . وفى حديثِ جابرٍ : فكنتُ أتَخَبَّأُ لها . وفى حديثِ عن[3]

---

(٢٩) فى م : « فلأن » .

(٣٠) فى الأصل ، ب : « فيثبت » .

(١) فى : باب فى الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٤ ، ٣٦٠ .

(٢) فى م : « أمرنا » .

(٣) سقط من : الأصل .

المُغِيرةِ بن شُعْبةَ ، أنَّه استَأْذَنَ أبَوَيْها فى النَّظَرِ إليها ، فكَرِهَا ، فأَذِنَتْ له المرأةُ . روَاه سعيدٌ[٤] . ولا يجوزُ له الخَلْوةُ بها ؛ لأنَّها[٥] مُحَرَّمةٌ ، ولم يَرِدِ الشرعُ بغيرِ النظرِ ، فبَقِيَتْ على التَّحْرِيمِ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ مع الخَلْوةِ مُواقعةُ المَحْظُورِ ، فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بامْرَأَةٍ ، فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ »[٦] . ولا يَنْظُرُ إليها نظَرَ[٧] تَلَذُّذٍ وشَهْوةٍ ، ولا لرِيبَةٍ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ صالحٍ : يَنْظُرُ إلى الوَجْهِ ، ولا يكونُ عن[٨] طريقِ لَذَّةٍ . وله أن يُرَدِّدَ النظرَ إليها ، ويتأمَّلَ مَحاسِنَها ؛ لأنَّ المقصودَ لا يَحْصُلُ إلَّا بذلك .

٤٧/٧و **فصل** : ولا خِلافَ بين أهلِ العلمِ فى إباحةِ النَّظَرِ إلى وَجْهِها ، وذلك لأنَّه ليس / بعَوْرةٍ ، وهو مَجْمَعُ المَحاسنِ ، ومَوْضِعُ النظرِ . ولا يُباحُ له النَّظَرُ إلى ما لا يَظْهَرُ عادةً . وحُكِىَ عن الأوْزَاعىِّ أنَّه يَنْظُرُ إلى مواضِعِ اللَّحْمِ . وعن داودَ أنَّه يَنْظُرُ إلى جَمِيعِها ؛ لظاهرِ قولِه عليه السلام : « انْظُرْ إلَيْهَا » . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾[٩] . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّه قال : الوَجْهُ ، وباطِنُ[١٠] الكَفِّ . ولأنَّ النَّظَرَ مُحَرَّمٌ أُبيحَ للحاجةِ ، فيَخْتَصُّ بما تَدْعُو الحاجةُ إليه ، وهو ما ذَكَرْنا ، والحديثُ مُطْلَقٌ ، ومن نَظَرَ[١١] إلى وَجْهِ إنسانٍ سُمِّىَ ناظِرًا إليه ، ومَنْ رآه وعليه أثْوابُه سُمِّى رائيًا له ، كما قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ ﴾[١٢] . ﴿ وَإِذَا

---

(٤) فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ، سنن سعيد بن منصور ١ / ١٤٦ .

(٥) فى الأصل زيادة : « كانت » .

(٦) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الدخول على المغيبات ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ما جاء فى لزوم الجماعة ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ٥ / ١٢١ ، ٩ / ٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨ ، ٢٦ ، ٣ / ٣٣٩ ، ٤٤٦ .

(٧) فى م : « نظرة » .

(٨) فى ا ، ب : « على » .

(٩) سورة النور ٣١ .

(١٠) فى ب ، م : « وبطن » .

(١١) فى ب ، م : « ينظر » .

(١٢) سورة المنافقون ٤ .

رَءَاكَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ ﴾[13] . فأمَّا ما يَظْهَرُ غالبًا سِوَى الوَجْهِ ، كالكَفَّيْنِ والقَدَمَيْنِ ونحوِ ذلك ، ممَّا تُظْهِرُه المرأةُ فى منزلِها ، ففيه روايتَان ؛ إحداهما ، لا يُباحُ النَّظَرُ إليه ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ ، فلم يُبَحِ النَّظَرُ إليه ، كالذى لا يَظْهَرُ ، فإنَّ عبدَ الله رَوَى أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ »[14] . حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الحاجةَ تَنْدَفِعُ بالنَّظَرِ إلى الوَجْهِ ، فبَقِىَ ما عَدَاه على التَّحْرِيمِ . والثانية ، له النَّظَرُ إلى ذلك . قال أحمدُ ، فى روايةِ حَنْبلٍ : لا بأْسَ أن يَنْظُرَ إليها ، وإلى ما يَدْعُوه إلى نِكاحِها ، من يَدٍ أو جِسْمٍ ونحوِ[15] ذلك . قال أبو بكرٍ : لا بأْسَ أن يَنْظُرَ إليها عنـدَ الخِطْبـةِ حاسِرَةً . وقـال الشـافعىُّ : فيَنْظُرُ إلى[16] الوَجْهِ والكَفَّيْنِ . ووَجْهُ جوازِ النَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لمَّا أذِنَ فى النَّظَرِ إليها من غيرِ عِلْمِها ، عُلِمَ أنَّه أذِنَ فى النَّظرِ إلى جميعِ ما يَظْهَرُ عادةً ، إذ لا يُمْكِنُ إفرادُ الوَجْهِ بالنَّظَرِ مع مُشارَكةِ غيرِه له فى الظُّهورِ ، ولأنَّه يَظْهَرُ غالبًا ، فأُبِيحَ النَّظَرُ إليه كالوَجْهِ ، ولأنَّها امرأةٌ أُبِيحَ له النَّظَرُ إليها بأمْرِ الشارعِ ، فأُبِيحَ النَّظَرُ منها إلى ذلك ، كذَواتِ المَحارِمِ . وقد رَوَى سعيدٌ[17] ، عن سُفْيانَ ، عن عمرِو بن دِينارٍ ، عن أبى جَعْفَرٍ . قال : خَطَبَ عمرُ بن الخطابِ ابْنَةَ علىٍّ ، فذَكَرَ منها صِغَرًا ، فقالوا له : إنَّما رَدَّكَ . فعَاوَدَهُ ، فقال : نُرْسِلُ بها إليك تَنْظُرُ[18] إليها . فرَضِيَها ، [19]وكشَفَ عن ساقِها[19] . فقالت : أرْسِلْ ، فلَوْلا أنَّك أميرُ المُؤْمِنِينَ لَلَطَمْتُ[20] عَيْنَكَ .

فصل : ويجوزُ للرَّجُلِ أن يَنْظُرَ من ذَواتِ مَحارِمِه إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا ، كالرَّقَبةِ والرَّأْسِ والكَفَّيْنِ والقَدَمَيْنِ ونحوِ ذلك . وليس له النَّظَرُ إلى ما يُسْتَرُ[21] غالبًا ، كالصَّدْرِ والظَّهْرِ ونحوِهما . قال الأَثْرَمُ : سألتُ أبا عبدِ الله عن الرجلِ يَنْظُرُ إلى شَعْرِ امرأةِ أبيه أو امرأةِ ابْنِه .

---

(١٣) سورة الأنبياء ٣٦ .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٣٢٨ .

(١٥) فى الأصل : « أو » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . السنن ١ / ١٤٧ . كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح الصغيرين ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٦٣ .

(١٨) فى الأصل : « لتنظر » .

(١٩–١٩) فى م : « وكشف عن ساقيها » .

(٢٠) فى م زيادة : « الذى فى » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « يستتر » .

٤٧/٧ظ فقال : هذا في / القرآن : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾[٢٢] . إلَّا لكذا وكذا . قلتُ : فيَنْظُرُ[٢٣] إلى ساقِ امْرأةِ أبيه وصَدْرِها . قال : لا ما[٢٤] يُعْجِبُنِى . ثم قال : أنا أكْرَهُ أن يَنْظُرَ من أُمِّه وأُخْتِه إلى مثلِ هذا ، وإلى كلِّ شىءٍ لِشَهْوةٍ . وذكَرَ القاضى أنَّ حُكْمَ الرجلِ مع ذواتِ محارِمِه حكمُ الرَّجُلِ مع الرَّجُلِ ، والمرأةِ مع المرأةِ . وقال أبو بكرٍ : كَراهِيةُ أحمدَ النَّظَرَ إلى ساقِ أمِّه وصَدْرِها على التَّوَقِّى ؛ لأنَّ ذلك يَدْعُو إلى الشَّهْوةِ . يعنى أنَّه يُكْرَه ولا يَحْرُمُ . ومنع الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والضَّحَّاكُ ، النَّظَرَ إلى شَعْرِ ذواتِ المحارِمِ . فرُوِىَ عن هندٍ ابنةِ المُهَلَّبِ[٢٥] ، قالت : قلتُ للحَسَنِ : يَنْظُرُ الرجلُ إلى قُرْطِ أختِه أو إلى[٢٦] عُنُقِها ؟ قال : لا ، ولا كَرامةَ . وقال الضَّحَّاكُ : لو دخلتُ على أُمِّى لقلتُ : أيَّتُها العَجُوزُ ، غَطِّى شَعْرَكِ . والصحيحُ أنَّه يُباحُ النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الآية . وقالت سَهْلةُ بنت سُهَيْلٍ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّا كنا نَرَى سالِمًا ولَدًا ، وكان يَأْوِى معِى ومع أبى حُذَيْفةَ فى بيتٍ واحدٍ ، ويَرانِى فُضُلًا[٢٧] ، وقد أنزلَ[٢٨] اللهُ تعالى[٢٨] فيهم ما علِمْتَ ، فكيفَ تَرَى فيه ؟ فقال لها النَّبِىُّ ﷺ : « أرْضِعِيهِ » . فأرْضَعَتْه خَمْسَ رَضَعاتٍ ، فكان بمَنْزِلةِ وَلَدِها . رواه أبو داوُدَ[٢٩] ، وغيرُه . وهذا[٣٠] دليلٌ على أنَّه كان يَنْظُرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا ، فإنَّها قالتْ : يَرانِى فُضُلًا[٢٧] . ومعناه فى ثِيابِ البِذْلَةِ التى لا تَسْتُرُ أطْرافَها . وقال امْرُؤُ القَيْسِ[٣١] :

---

(٢٢) سورة النور ٣١ .

(٢٣) فى الأصل ، ا ، م : « ينظر » .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى الأصل : « المهلب » . وهى هند بنت المهلب بن أبى صفرة ، وكانت تحت الحجاج بن يوسف الثقفى . انظر : وفيات الأعيان ٢ / ٥٣ .

(٢٦) فى ب ، م : « وإلى » .

(٢٧) فى م : « فضلى » . ورجل وامرأة فضل ، بضمتين : متفضل فى ثوب واحد .

(٢٨-٢٨) ليس فى : م .

(٢٩) فى : باب من حرَّم به [أى برضاعة الكبير] ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٥ ، ٤٧٦ . كما أخرجه مسلم ، فى : باب رضاعة الكبير ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/١٠٧٦ ، ١٠٧٧ . والنسائى ، فى : باب رضاع الكبير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٨٦ ، ٨٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢/٦٠٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/١٧٤ ، ٢٠١ ، ٢٢٨ ، ٢٤٩ ، ٢٦٩ .

(٣٠) فى ب : « وهو » .

(٣١) البيت من معلقته فى ديوانه ١٤ .

فجِئْتُ وقد نَضَتْ لِنَوْمٍ ثِيابَها ... لَدَى السِّتْرِ إلّا لِبسةَ المُتَفضِّلِ[٣٢]

ومثلُ هذا يَظْهَرُ منه الأطْرافُ والشَّعَرُ ، فكان يَرَاها كذلك إذ اعْتَقَدَتْه وَلَدًا ، ثم دَلَّهم النَّبِيُّ ﷺ على ما يَسْتَدِيمُون به ما كانوا يَعْتَقِدُونه ويَفْعَلُونه . وروَى الشَّافعيُّ ، فى « مُسْنَدِه »[٣٣] عن زَيْنَبَ بنت أبى سَلَمةَ ، أنَّها ارْتَضَعَتْ من أسماءَ امرأةِ الزُّبَيْرِ . قالت : فكنتُ أراه أبًا ، وكان يَدْخُلُ علىَّ وأنا أمْشُطُ رَأْسِى ، فيأْخُذُ ببعضِ قُرُونِ رَأْسِى ، ويقولُ : أقْبِلِى عَلَىَّ . ولأنَّ التَّحرُّزَ من هذا لا يُمْكِنُ ، فأُبِيحَ كالوَجْهِ ، وما لا يَظْهَرُ غالبًا لا يُباحُ ، لأنَّ الحاجةَ لا تَدْعُو إلى نَظَرِه ، ولا تُؤْمَنُ معه الشَّهْوةُ ومُوَاقَعةُ المَحْظُورِ ، فحُرِّمَ النَّظَرُ إليه كما تَحْتَ السُّرَّةِ .

فصل : وذواتُ مَحارِمِه : كلُّ مَنْ حُرِّمَ عليه[٣٤] نِكاحُها على التَّأْبِيدِ ، بنَسَبٍ أو رَضاعٍ ، أو تَحْريمِ المُصَاهرةِ بسَبَبٍ مُباحٍ ؛ لما ذكَرْنا من حديثِ سالمٍ وزَيْنَبَ . وعن عائشةَ ، / أنَّ أفْلَحَ أخا أبى القُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ عليها بعدَ ما أُنْزِلَ الحِجابُ ، فأبَتْ أن تأْذَنَ له ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « ائْذَنِى لَهُ ، فَإنَّهُ عَمُّكِ ، تَرِبَتْ يَمِينُكِ »[٣٥] مُتَّفَقٌ عليه[٣٥] . وقد ذَكَرَ اللهُ تعالى آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ ، وأبْناءَ بُعُولَتِهِنَّ ، كما ذكر آباءَهُنَّ وأبْناءَهُنَّ فى إبْداءِ الزِّينَةِ لهم . وتَوَقَّفَ أحمدُ عن النَّظَرِ إلى شَعْرِ أُمِّ امْرأتِه وبِنْتِها ؛ لأنَّهما غيرُ

٤٨/٧ و

---

(٣٢) فى م : « ولم يبق إلا لبسة المتفضل » .

(٣٣) فى : باب فيما جاء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . ترتيب المسند ٢/ ٢٥ .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥–٣٥) سقط من : الأصل ، م .

وأخرجه البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ إن تبدوا شيئا ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح ، وفى : باب قول النبى ﷺ : تربت يمينك . . . ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٦ / ١٥٠ ، ٧ / ٤٩ ، ٨ / ٤٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٩ ، ١٠٧٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى لبن الفحل ، من كتاب الرضاع . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٩ . وابن ماجه ، فى : باب لبن الفحل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٧ . والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ ، ٦٠٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧ ، ٣٨ ، ١٧٧ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٧١ .

مَذْكُورَتَيْن فى الآية . قال القاضى : إنَّما حَكَى قولَ سَعِيدِ بن جُبَيْرٍ ولم يَأْخُذْ به[٣٦] . وقد صَرَّحَ فى رِوايةِ المَرُّوذِىِّ ، أنَّه مَحْرَمٌ يَجُوزُ له المُسافَرَةُ بهما[٣٧] . وقال ، فى رِوايةِ أبى طالبٍ : ساعةَ يَعْقِدُ عُقْدَةَ النكاحِ تَحْرُمُ عليه أُمُّ امْرَأتِه ، فله أن يَرَى شَعْرَها ومَحاسِنَها ، ليست مثل التى يَزْنِى بها ، لا يَحِلُّ له أبدًا أن يَنْظُرَ إلى[٣٨] شَعْرِها ، ولا إلى شىءٍ من جَسَدِها ، وهى حَرَامٌ عليه .

فصل : فأمَّا أُمُّ المَزْنِىِّ بها وابْنَتُها ، فلا يَحِلُّ له النَّظَرُ إليهنَّ ، وإن حُرِّمَ نِكاحُهُنَّ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهُنَّ بِسَبَبٍ مُحَرَّمٍ ، فلم يُفِدْ إباحةَ النَّظَرِ ، كالمُحَرَّمةِ باللِّعَانِ . وكذلك بِنْتُ المَوْطوءةِ بشُبْهةٍ وأُمُّها ، ليست من ذواتِ مَحارِمِه . وكذلك الكافِرُ ليس بمَحْرَمٍ لقَرَابتِه المُسْلِمة . قال أحمدُ ، فى يَهُودِىٍّ أو نَصْرَانِىٍّ أَسْلَمَتْ بِنْتُه : لا يُسافِرُ بها ، ليس هو مَحْرَمًا لها . والظَّاهرُ أنَّه أراد ليس مَحْرَمًا لها فى السَّفَرِ ، أما النَّظَرُ فلا يجبُ عليها الحِجابُ منه ؛ لأنَّ أبا سُفْيانَ أتى المدينةَ وهو مُشْرِكٌ ، فدَخَلَ على ابْنَتِه أُمِّ حَبِيبةَ ، فطَوَتْ فِرَاشَ رسولِ اللهِ ﷺ لِئَلَّا يَجلِسَ عليه ، ولم تَحْتَجِبْ منه ، ولا أمَرَها بذلك النَّبِىُّ ﷺ[٣٩] .

فصل : وعَبْدُ المرأةِ له النَّظرُ إلى وَجْهِها وكَفَّيْها ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾[٤٠] . ورَوَتْ أُمُّ سَلَمةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « إذَا كَانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فمَلَكَ مَا يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ[٤١] مِنْهُ »[٤٢] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وعن أبى قِلابةَ ، قال : كان أزْواجُ النَّبِىِّ ﷺ لا يَحْتَجِبْنَ من مُكاتَبٍ ،

---

(٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) فى م : « بها » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) انظر : الطبقات الكبرى . لابن سعد (بيروت) ٨ / ٩٩ ، ١٠٠ .

(٤٠) سورة النور ٣١ .

(٤١) فى م : « فتحتجب » .

(٤٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

ما بَقِىَ عليه دِينارٌ . روَاه سعيدٌ ، فى « سُنَنِه »[٤٣] . وعن أنسٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ أتى فاطمةَ بعَبْدٍ قد[٤٤] وَهَبَه لها ، وعلى فاطمةَ ثَوْبٌ إذا قَنَّعَتْ به رَأْسَها لم يَبْلُغْ رِجْلَيْها ، وإذا غطَّتْ به رِجْلَيْها لم يبلُغْ رأسَها ، فلمَّا رأى رسولُ اللهِ ﷺ ما تَلْقَى ، قال : « إنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكِ بَأْسٌ ، إنَّمَا هُوَ أَبُوكِ وغُلامُكِ » . روَاه أبو داودَ[٤٥] . وكَرِه أبو عبدِ اللهِ له أن يَنْظُرَ إلى / شَعْرِ مَوْلاتِه . وهو قولُ سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وطاوُسٍ ، ومُجاهِدٍ ، والحسنِ . وأباحَ له ذلك ابنُ عباسٍ ؛ لما ذَكَرنا من الآيَتَيْنِ والخَبَرَيْنِ[٤٦] ؛ ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لِيَسْتَأْذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾[٤٧] . ولأنَّه يَشُقُّ التَّحَرُّزُ منه ، فأُبِيحَ له ذلك كذَوِى المَحارِمِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : هو مَحْرَمٌ حكمُه حكمُ المَحارِمِ من الأقارِبِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لما ذكرنا من الدَّليلِ ، ولأنَّه مُحَرَّمٌ عليها ، فكان مَحْرَمًا كالأقارِبِ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « سَفَرُ الْمَرْأَةِ مَعَ عَبْدِهَا ضَيْعَةٌ » . رواه سعيدٌ[٤٨] ، ولأنَّها لا تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ ولا يَحِلُّ له اسْتِمتاعُها ، فلم يكنْ مَحْرَمًا كزَوْجِ أُخْتِها ، ولأنَّه غيرُ مأمُونٍ عليها ، إذ ليستْ بينهما نُفْرةُ المَحْرَمِيَّةِ[٤٩] ، والمِلْكُ لا يَقْتَضِى النُّفْرةَ الطَّبِيعِيَّةَ ، بدليلِ السَّيِّدِ مع أَمَتِه . وإنَّما أُبِيحَ له من النَّظَرِ ما تَدْعُو الحاجةُ إليه ، كالشاهِدِ والمُبْتاعِ ونحوِهما ، وجَعَلَه بعضُ أصْحابِنا كالأجنبىِّ ؛ لما ذكرناه . والصَّحيحُ ما قُلْنا ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٤٨/٧ ظ

---

(٤٣) لم نجده فيما بين أيدينا من سنن سعيد بن منصور . وأخرجه البيهقى ، فى : باب المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠ / ٣٢٥ .

(٤٤) فى ب : « وقد » .

(٤٥) فى : باب فى العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ .

(٤٦) فى م : « والحديثين » .

(٤٧) سورة النور ٥٨ .

(٤٨) وأورده الهيثمى ، فى : باب سفر النساء ، من كتاب الحج . مجمع الزوائد ٣ / ٢١٤ .

(٤٩) فى الأصل : « الحرمية » .

فصل : فأمَّا الغلامُ ، فما دام طِفلًا غيرَ مُمَيِّزٍ ، لا يجبُ الاستِتارُ منه فى شىءٍ ، وإن عَقَلَ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، حكمُه حكمُ ذى المَحْرَمِ فى النَّظَرِ . والثانية ، له النَّظَرُ إلى ما فوقَ السُّرَّةِ وتحتَ الرُّكْبةِ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ لِيَسْتَأْذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا ٱسْتَأْذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ﴾[٥٠] فدَلَّ على التَّفْرِيقِ بين البالغِ وغيرِه . قال أبو عبدِ الله : أبو طَيْبَةَ حَجَمَ نِساءَ النَّبِىِّ ﷺ وهو غُلامٌ[٥١] . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولى قوله : ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَاءِ ﴾[٥٢] . قيل لأبى عبدِ الله : مَتَى تُغَطِّى المرأةُ رَأْسَها من الغُلامِ ؟ قال : إذا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ .

فصل : ويُباحُ[٥٣] لكلِّ واحدٍ من الزَّوْجينِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ صاحِبِه[٥٤] ولَمْسِه حتى الفَرْجِ ؛ لما رَوَى بَهْزُ بن حَكِيمٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه قال : قلتُ : يا رسُولَ الله ، عَوْراتُنا ما نَأْتِى منها وما نَذَرُ ؟ فقال : « احْفَظْ عَوْرَتَكَ ، إلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ[٥٥] ، / وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رواه الترمذىُّ[٥٦] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الفَرْجَ يَحِلُّ له الاستِمتاعُ به ، فجازَ النَّظَرُ إليه ولَمْسُه ، كبَقِيَّةِ البَدَنِ . ويُكْرَهُ النَّظَرُ إلى الفَرْجِ ؛ فإنَّ عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالت : ما رَأَيْتُ فَرْجَ رسولِ الله ﷺ قَطُّ . رواه ابنُ

٤٩/٧ و

---

(٥٠) سورة النور ٥٩ .

(٥١) انظر : ما أخرجه مسلم ، فى : باب لكل داء دواء واستحباب التداوى ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧٣٠ . وأبو داود ، فى : باب فى العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب الحجامة ، من كتاب الطب . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٥١ ، ١١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٥٠ .

(٥٢) سورة النور ٣١ .

(٥٣) فى ا ، ب ، م : « ومباح » .

(٥٤) فى ب : « الآخر » .

(٥٥) فى الأصل ، ب : « زوجك » . وفى الأصل زيادة : « وخادمك » . وليست فى مصادر التخريج .

(٥٦) تقدم تخريجه فى : ١ / ٣٠٥ .

ماجه[٥٧] . وفى لفظ قالت : ما رَأَيْتُه من رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا رَآه مِنِّى . وقال أحمدُ ، فى رِوَاية جَعْفَرِ بن محمدٍ ، فى المرأةِ تَقْعُدُ بين يَدَىْ زَوْجِها وفى بَيْتِها مَكْشُوفةً فى ثِيابٍ رِقَاقٍ : فلا[٥٨] بَأْسَ به . قلتُ : تخرجُ من الدارِ إلى بيتٍ مَكْشُوفةَ الرَّأْسِ ، وليس فى الدّارِ إلَّا هى وزَوْجُها ؟ فرَخَّصَ فى ذلك .

فصل : ويُباحُ للسَّيِّدِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ أَمَتِه حتى فَرْجِها ؛ لما ذكَرْنا فى الزَّوْجَيْنِ ، وسواءٌ فى ذلك سُرِّيَّتُه وغيرُها ؛ لأنَّه مُباحٌ له الاستمتاعُ من جميعِ بَدَنِها ، فأُبِيحَ له النَّظَرُ إليه[٥٩] ، فإن زَوَّجَ أَمَتَه حَرُمَ عليه الاسْتِمتاعُ ، والنَّظَرُ منها إلى ما بين[٦٠] السُّرَّةِ والركبةِ ؛ لأنَّ عمرَو بن شُعَيْبٍ ، رَوَى عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إِذَا زَوَّجَ أَحَدُكُم خادِمَه[٦١] عَبْدَه أو أجِيرَهُ ، فَلَا يَنْظُرْ إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ وفَوْقَ الرُّكْبَةِ ، فَإِنَّهُ عَوْرَةٌ » . رواه أبو داودَ[٦٢] ، ومَفْهُومُه إباحَةُ النَّظَرِ إلى ما عَدَاه . وأمَّا تَحْرِيمُ الاسْتِمتاعِ بها[٦٣] ، فلا شَكَّ فيه ولا اختلافَ[٦٤] ، فإنَّها قد صارَتْ مُباحةً للزَّوْجِ ، ولا تَحِلُّ المَرْأَةُ[٦٥] لرَجُلَيْنِ . فإن وَطِئَها ، لَزِمَه الإثْمُ والتَّعْزِيرُ . وإن وَلَدَتْ ، فقال أحمدُ :

---

(٥٧) فى : باب النهى أن يرى عورة أخيه ، من كتاب الطهارة ، وفى : باب التستر عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٢١٧ ، ٦١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٦٣ ، ١٩٠ . والبيهقى ، فى : باب ما تبدى المرأة من زينتها ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٩٤ .

(٥٨) فى م : « لا » .

(٥٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٦٠) سقط من : ا ، م .

(٦١) أى : أمته . وفى رواية : « خادمته » . انظر عون المعبود ٤ / ١٠٩ .

(٦٢) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٢٨٥ .

(٦٣) سقط من : ب .

(٦٤) فى الأصل : « خلاف » .

(٦٥) فى م : « امرأة » .

لا يَلْحقُه الوَلَدُ ؛ لأنَّها فِراشٌ لغيرِه ، فلم[٦٦] يَلْحقه وَلَدُها ، كالأَجْنَبِيَّة .

فصل : فى من يُباحُ له النَّظرُ من الأجانبِ . ويُباحُ للطَّبِيبِ النَّظَرُ إلى ما تَدْعُو إليه الحاجةُ من بَدَنِها ، من العَوْرَةِ وغيرِها ، فإنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ ، وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لمَّا حَكَّمَ سعدًا فى بنى قُرَيْظَةَ ، كان يَكْشِفُ عن مُؤْتَزرِهم[٦٧] . وعن عثمانَ ، أنَّه أُتِىَ بغُلامٍ قد سَرَق ، فقال : انْظُرُوا إلى مُؤْتَزَرِه . فلم يَجِدُوه أَنْبَتَ الشَّعْرَ ، فلم يَقْطَعْهُ[٦٨] . وللشَّاهِدِ النَّظرُ إلى وَجْهِ المَشْهُودِ عليها ؛ لتكونَ الشهادةُ واقعةً على عَيْنِها . قال أحمدُ : لا يَشْهَدُ على امرأةٍ إلَّا أن يكونَ قد عَرَفَها بعَيْنِها . وإن عامَلَ امرأةً فى بيعٍ أو إجارةٍ ، فله النَّظرُ إلى وَجْهِها ؛ ليَعْلَمَها بعَيْنِها ، فيَرْجِعَ عليها بالدَّرْكِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ كَرَاهةُ[٦٩] ذلك فى / حَقِّ الشَّابَّةِ دون العَجُوزِ . ولعلَّه كَرِهَه لمن يخافُ الفِتْنَةَ ، أو يَسْتَغْنِى عن المُعاملةِ ، فأمَّا مع الحاجةِ وعَدَمِ الشَّهْوةِ ، فلا بَأْسَ . ٤٩/٧ ظ

فصل : فأمَّا نَظَرُ الرجلِ إلى الأَجْنَبِيَّةِ من غيرِ سَبَبٍ ، فإنَّه مُحَرَّمٌ إلى جَميعِها ، فى ظاهرِ كلامِ أحمدَ . قال أحمدُ : لا يأْكُلُ مع مُطَلَّقَتِه ، هو أجنبىٌّ لا يَحِلُّ له أن يَنْظُرَ

---

(٦٦) فى م : « فلا » .

(٦٧) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا نزل العدو على حكم رجل ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب مناقب سعد بن معاذ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مرجع النبى ﷺ من الأحزاب ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب قول النبى ﷺ : قوموا إلى سيدكم ، من كتاب الاستئذان ، صحيح البخارى ٤ / ٨١ ، ٨٢ ، ٥ / ١٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ٨ / ٧٢ ، ٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز قتال من نقض العهد ... ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٨ ، ١٣٨٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النزول على الحكم ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٧٨ ، ٧٩ . والدارمى ، فى : باب نزول أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢ / ٢٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٢ ، ٧١ .

(٦٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب البلوغ بالإنبات ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٦ / ٥٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب لا حد على من لم يبلغ الحلم ووقت الحلم ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب لا قطع على من لم يحتلم ، من كتاب اللقطة . المصنف ٧ / ٣٣٨ ، ١٠ / ١٧٧ ، ١٧٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الغلام يسرق أو يأتى الحد ، من كتاب الحدود . المصنف ٩ / ٤٨٥ .

(٦٩) فى الأصل : « كراهية » .

إليها ، كيف يأْكُلُ معها يَنْظُرُ إلى كَفِّها[٧٠] ! لا يَحِلُّ له ذلك . وقال القاضى : يَحْرُمُ عليه النَّظرُ إلى ما عَدَا الوَجْهَ والكَفَّينِ ؛ لأنَّه عَوْرةٌ ، ويباحُ له النَّظرُ إليهما[٧١] مع الكراهةِ إذا أُمِنَ الفِتْنةَ ، ونَظَرَ لغيرِ[٧٢] شَهْوةٍ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ . قال ابنُ عباسٍ : الوَجْهَ والكَفَّيْنِ . ورَوَتْ عائشةُ ، أنَّ أسْماءَ بنتَ أبى بكرٍ ، دَخَلَتْ على رسولِ الله ﷺ فى ثِيابٍ رِقَاقٍ ، فأعْرَضَ عنها ، وقال : « يَا أَسْمَاءُ ، إنَّ الْمَرْأَةَ إذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هٰذَا وهٰذَا » . وأشار إلى وَجْهِه وكَفَّيْه[٧٣] . رواه أبو بكرٍ ، وغيرُه . ولأنَّه ليس بعَوْرةٍ ، فلم يَحْرُمِ النَّظرُ إليه بغيرِ رِيبَةٍ ، كوَجْهِ الرَّجُلِ . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ ﴾[٧٤] . وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إذَا كَانَ لإحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فمَلَكَ مَا يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[٧٥] . وعن أُمِّ سَلَمةَ ، قالت : كنتُ قاعدةً عندَ النَّبِىِّ ﷺ ، أنا وحَفْصَةُ ، فاسْتَأْذَنَ ابنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . رواه أبو داوُد[٧٦] . وكان الفَضْلُ بن عباسٍ رَدِيفَ رسولِ الله ﷺ ، فجاءَتْه[٧٧] الخَثْعَمِيَّةُ تَسْتَفْتِيه ، فجعل الفضلُ ينظرُ إليها وتنظرُ إليه ، فصَرَفَ رسولُ الله

---

(٧٠) فى ا ، ب : « كفيها » .

(٧١) فى م : « إليها » .

(٧٢) فى الأصل : « بغير » .

(٧٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ . والبيهقى ، فى : باب تخصيص الوجه والكفين بجواز النظر إليها عند الحاجة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٨٦ .

(٧٤) سورة الأحزاب ٥٣ .

(٧٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

(٧٦) فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى احتجاب النساء من الرجال ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى . ١٠ / ٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩٦ .

(٧٧) فى الأصل زيادة : « أسماء » .

ﷺ وَجْهَه عنها[78] . وعن جَرِيرِ بن عبدِ الله ، قال : سألتُ رسولَ الله ﷺ عن نَظْرَةِ[79] الفُجاءةِ ، فأمَرَنِي أن أصرِفَ بَصَرِي . حديثٌ[80] صحيحٌ . وعن عليٌّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، قال : قال لى رسولُ الله ﷺ : « لَا تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ ، فَإِنَّمَا لَكَ الْأُولَى ، وَلَيْسَتْ لَكَ الْآخِرَةُ » . رواهما أبو داودَ[81] . وفى إباحةِ النَّظَرِ إلى المرأةِ إذا أراد [82]أنْ يتزوَّجها[82] دليلٌ على التَّحْريمِ عند عَدَمِ ذلك ، إذْ لو كان مُباحًا على الإِطْلاقِ ، فما وَجْهُ التَّخصِيصِ لهذه ؟ وأمَّا حديثُ أسماءَ — إن صَحَّ — فيَحْتَمِلُ أنَّه / كان قبلَ نُزُولِ الحِجَابِ ، فنَحْمِلُه عليه .

٥٠/٧و

فصل : والعَجُوزُ التى لا يُشْتَهَى مِثْلُها ، لا بأسَ بالنَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ منها غالبًا ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَٱلْقَوَاعِدُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ ٱللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾[83] . الآية . قال ابنُ[84] عباس ، فى قولِه تعالى : ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ ﴾[85] ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ ﴾[86] . الآية قال[87] : فنَسَخَ واسْتَثْنَى من ذلك : ﴿ وَٱلْقَوَاعِدُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ ٱللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ الآية . وفى معنى ذلك الشَّوْهاءُ التى[88] لا تُشْتَهَى .

---

(٧٨) تقدم تخريجه فى حديث جابر الطويل ، فى : ٥ / ١٥٦ .

(٧٩) فى الأصل ، م : « نظر » .

(٨٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨١) فى : باب فيما يؤمر به من غض البصر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

كما أخرج الأول الدارمى ، فى : باب فى نظرة الفجاءة ، من كتاب الاستئذان . سنن الدارمى ٢ / ٢٧٨ . وأخرج الثانى الدارمى ، فى : باب فى حفظ السمع ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمى ٢ / ٢٩٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ٣٥٧ .

(٨٢ – ٨٢) فى ا ، ب ، م : « تزويجها » .

(٨٣) سورة النور ٦٠ .

(٨٤) سقط من : م .

(٨٥) سورة النور ٣٠ .

(٨٦) سورة النور ٣١ .

(٨٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨٨) فى الأصل : « لكونها » .

فصل : والأَمَةُ يُباحُ النَّظرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا ، كالوَجْهِ ، والرَّأسِ ، واليَدَيْنِ ، والسَّاقَيْنِ ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، رأى (٨٩)أَمَةً مُتَكَمِّمَةً(٨٩) ، فضَرَبها بالـدِّرَّةِ ، وقال : يالَكاعِ ، تَتَشَبَّهِينَ بالحَرائرِ ! ورَوَى أبو حَفْصٍ بإسنادِه ، أنَّ عمرَ كان لا يَدَعُ أَمَةً تَقَنَّعُ في خِلافَتِه ، وقال : إنَّما القِناعُ للحَرائرِ (٩٠) . ولو كان نَظَرُ ذلك منها(٩١) مُحَرَّمًا لم يَمْنَعْ من سَتْرِه ، بل أَمَرَ به . وقد رَوَى أنسٌ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، لمَّا أخَذَ صَفِيَّةَ قال الناسُ : لا نَدْرِي ، أجَعَلَها أُمَّ المُؤْمِنينَ ، أم أُمَّ وَلَدٍ ؟ فقالوا : إن حَجَبَها فهي أُمُّ المُؤْمنينَ ، وإن لم يَحْجُبْها فهي أُمُّ وَلَدٍ . فلمَّا رَكِبَ ، وَطَّأَ لها خَلْفَه ، ومَدَّ الحِجابَ بينَه وبينَ الناسِ . مُتَّفَقٌ عليه(٩٢) . وهذا دَلِيلٌ على أن عَدَمَ حَجْبِ الإماءِ كان مُسْتَفِيضًا بينهم مَشْهورًا ، وأنَّ الحَجْبَ لغَيْرِهِنَّ كان معلومًا . وقال أصحابُ الشافعيِّ : يُباحُ النَّظرُ منها إلى ما ليس بعَوْرةٍ ، وهو ما فَوْقَ السُّرَّةِ وتحتَ الرُّكْبةِ . وسَوَّى بعضُ أصْحابِنا بينَ الحُرَّةِ والأَمَةِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ . الآية ، ولأنَّ العِلَّةَ في تحريمِ النَّظرِ الخوفُ من الفِتْنةِ ، والفِتْنةُ المَخُوفةُ تَسْتَوِي فيها الحُرَّةُ والأَمَةُ ، فإنَّ الحُرِّيَّةَ حُكْمٌ لا يُؤَثِّرُ في الأمرِ الطَّبِيعيِّ . وقد ذكرْنا ما يَدُلُّ على التَّخْصيصِ ، ويُوجِبُ الفَرْقَ بينهما . وإن لم يَفْتَرِقا فيما ذَكَرُوه ، افْتَرَقا في الحُرْمةِ ، وفي مَشَقَّةِ السَّتْرِ ، لكن إن كانت الأَمَةُ جميلةً يُخافُ الفِتْنةُ بها ، حَرُمَ النَّظرُ إليها ، كما يَحْرُمُ النَّظرُ إلى الغُلامِ الذي تُخْشَى الفِتْنةُ بالنَّظرِ إليه . قال أحمدُ ، في الأَمَةِ إذا كانت جميلةً : تَنْتَقِبُ ، ولا يُنْظَرُ إلى المَمْلوكةِ ، كم من نَظْرةٍ ألْقَتْ في قَلْبِ صاحِبِها البَلابِلَ .

فصل : فأمَّا الطِّفْلةُ التي لا تَصْلُحُ للنِّكاحِ ، فلا بأسَ بالنَّظرِ / إليها . قال أحمدُ ، في ٧/٥٠ظ

(٨٩ – ٨٩) في م : « امرأة متلثمة » . وفي مصدري التخريج التاليين : « أمة متقنعة » .

(٩٠) أخرج الأثرين ابن أبي شيبة ، في : باب في الأمة تصلي بغير خمار ، من كتاب الصلوات . المصنف ٢ / ٢٣٠ . وعبد الرزاق ، في : باب الخمار ، من كتاب الصلاة . المصنف ٣ / ١٣٦ .

(٩١) في ب : « منهما » .

(٩٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

روايةِ الأَثْرَمِ ، فى الرَّجُلِ[93] يأخُذُ الصغيرةَ ، فيَضَعُها فى حِجْرِه ، ويُقَبِّلُها : فإن كان يَجِدُ شَهْوةً فلا ، وإن كان لغيرِ شهوةٍ ، فلا بأسَ . وقد رَوَى أبو بكرٍ ، بإسنادِه عن عمرَ ابن حفصٍ الْمَدِينىِّ ، أنَّ الزُّبَيْرَ بن العَوَّامِ ، أرْسَلَ بابْنَةٍ له إلى عمرَ بن الخطابِ ، مع مَوْلاةٍ له ، فأخَذَها عمرُ بيَدِه ، وقال : ابْنةُ أبى عبدِ اللهِ . فتحَرَّكَتِ الأَجْراسُ من[94] رِجْلَيْها[95] . فأخذَها عمرُ فقطَعَها ، وقال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَعَ كُلِّ جَرَسٍ شَيْطَانٌ »[96] . فأمَّا إذا بَلَغَتْ حَدًّا تَصْلُحُ معه[97] لِلنِّكاحِ ، كابْنةِ تِسْعٍ ، فإنَّ عَوْرَتَها مُخالِفةٌ لعَوْرةِ البالغةِ ، بدليلِ قولِه عليه السلام : « لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إلَّا بِخِمَارٍ »[98] . فدَلَّ[99] على صِحّةِ الصَّلاةِ ممَّن لم تَحِضْ مَكْشُوفةَ الرَّأْسِ ، فيَحْتَمِلُ أن يكونَ حُكْمُها حكمَ ذواتِ الْمَحارِمِ ، كقَوْلِنا فى الغلامِ الْمُرَاهِقِ مع النِّساءِ . وقد روى أبو بكرٍ ، عن ابن جُرَيْجٍ ، قال : قالت عائشةُ : دخَلَتْ علىَّ ابنةُ أخِى مُزَيْنَةَ ، فدخلَ علىَّ النَّبِىُّ ﷺ ، فأعْرَضَ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّها ابنةُ أخِى وجاريةٌ . فقال : « إذا عَرَكَتِ المرأةُ[100] لم يَجُزْ لها[101] أن تُظْهِرَ إلَّا وَجْهَها وإلَّا[102] ما[103] دُونَ هٰذَا » . وقَبَضَ على ذراعِ نَفْسِه ، فتَرَكَ بين قَبْضَتِه وبين الكَفِّ مثلَ قَبْضةٍ أخرى أو نحوِها[104] .

---

(93) فى م : « رجل » .

(94) فى ب : « فى » .

(95) فى ا ، ب ، م : « رجلها » .

(96) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الجلاجل ، من كتاب الخاتم . سنن أبى داود 2 / 408 .

(97) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(98) تقدم تخريجه فى : 2 / 283 .

(99) فى الأصل : « ويدل » ، وفى ا ، ب : « يدل » .

(100) عركت المرأة : حاضت .

(101) سقط من : ب .

(102) فى الأصل ، ب : « ولا » .

(103) فى الأصل : « وما » .

(104) أورده ابن جرير الطبرى ، فى : تفسير سورة النور الآية 31 . تفسير الطبرى 18 / 119 .

وذكَر حديثَ أسْماء : « إذَا بَلَغتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أنْ يُرَى مِنْهَا إلَّا هٰذَا وهٰذَا » . وأشار إلى وَجْهِه وكَفَّيْه[١٠٥] . واحْتَجَّ أحمدُ بهذا الحديث ، وتَخْصِيصُ[١٠٦] الحائضِ بهذا التَّحْديدِ دليلٌ على إبَاحةِ[١٠٧] أكثرَ من ذلك فى حَقِّ غيرِها .

فصل : ومَنْ ذَهَبَتْ شَهْوَتُه من الرِّجالِ ، لكِبَرٍ ، أو عُنَّةٍ ، أو مَرَضٍ لا يُرْجَى بُرْؤُهُ ، أو الْخَصِىُّ ، أو الشيخُ ، أو المُخنَّثُ الذى لا شَهْوةَ له ، فحُكْمُه حكمُ ذِى[١٠٨] المَحْرَمِ فى النَّظَرِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُولِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ ﴾[١٠٩] . أى غيرُ أُولِى الحاجةِ إلى النِّساءِ . قال ابنُ عباسٍ : هو الذى لا تَسْتَحِى منه النِّساءُ . وعنه : هو المُخَنَّثُ الذى لا يقومُ زُبُّهُ[١١٠] . وعن مجاهِدٍ وقَتادةَ : الذى لا أَرَبَ له فى النِّساءِ . فإن كان المُخَنَّثُ ذا شهوةٍ ، ويَعْرِفُ أمْرَ النساءِ ، فحُكْمُه حكمُ غيرِه ؛ لأنَّ عائشةَ قالت : دَخَلَ على أزواجِ النَّبِىِّ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فكانوا يَعُدُّونَه من غيرِ أُولِى الإِرْبةِ[١١١] ، فدَخَلَ علينا النَّبِىُّ ﷺ ، وهو يَنْعَتُ امرأةً ، أنَّها إذا أقْبَلَتْ أقْبَلَتْ بأَرْبَعٍ ، وإذا أدْبَرَتْ أدْبَرَتْ بثَمانٍ . فقال النبىُّ ﷺ : « ألَا أرَى هٰذَا يَعْلَمُ مَا هٰهُنَا ؟ لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيكُنَّ[١١٢] هٰذَا » . فحَجَبُوه . رواه أبو داودَ[١١٣] ، وغيرُه . قال ابنُ

---

(١٠٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٩ .

(١٠٦) فى ب : « وتختص » .

(١٠٧) سقط من : ب .

(١٠٨) فى ب ، م : « ذوى » .

(١٠٩) سورة النور ٣١ .

(١١٠) فى م : « ذكره » .

(١١١) فى م زيادة : « من الرجال » .

(١١٢) فى م : « عليكم » .

(١١٣) فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة الطائف فى شوال ... ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥ / ١٩٨ . ومسلم ، فى : باب منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧١٦ . وابن ماجه ، فى : باب فى المخنثين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المؤنث من الرجال ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢ / ٧٦٧ .

٥١/٧و عبدِ البَرِّ : ليس المُخَنَّثُ الذى تُعْرَفُ / فيه الفاحشةُ خاصَّةً ، وإنَّما التَّخْنِيثُ[١١٤] شِدَّةُ[١١٥] التَّأْنِيثِ[١١٦] فى الخِلْقةِ ، حتى يُشْبِهَ المرأةَ فى اللِّينِ ، والكلامِ ، والنَّظَرِ ، والنَّغْمةِ ، والعَقْلِ ، فإذا كان كذلك ، لم يكُنْ له فى النِّساءِ إرْبٌ ، وكان لا يَفْطِنُ لأُمورِ النِّساءِ ، وهو من غيرِ أُولِى الإِرْبةِ الذين أُبِيحَ لهم الدخولُ على النِّساءِ ، ألا تَرَى أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لم يَمْنَعْ ذلك المُخَنَّثَ من الدُّخولِ على نِسائِه ، فلمَّا سَمِعَه يَصِفُ ابْنةَ غَيْلانَ ، وفَهِمَ أمْرَ النِّساءِ ، أمَرَ بحَجْبِه ؟

فصل : فأمَّا الرَّجُلُ مع الرجلِ، فلكلِّ واحدٍ منهما النَّظرُ من صاحِبِه إلى ما ليس بعَوْرةٍ. وفى حَدِّها رِوَايتان؛ إحداهما، ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبةِ. والأُخرى الفَرْجانِ. وقد ذَكَرْناهما فى كتابِ الصلاةِ[١١٧]. ولا فَرْقَ بين الأَمْرَدِ وذى اللِّحْيةِ، إلَّا أنَّ الأَمْرَدَ إن كان جميلًا، يُخافُ الفِتْنةُ بالنَّظَرِ إليه، لم يَجُزْ تَعَمُّدُ النَّظَرِ إليه. وقد رُوِىَ عن الشَّعْبِىِّ، قال: قَدِمَ وَفْدُ عبدِ القَيْسِ على النَّبِىِّ ﷺ، وفيهم غُلامٌ أمْرَدُ، ظاهِرُ الوَضَاءةِ، فأجْلَسَه النَّبِىُّ ﷺ وراءَ ظَهْرِه. رواه أبو حَفْصٍ[١١٨]. قال المَرُّوذِىُّ: سَمِعْتُ أبا بكرٍ الأَعْيَنَ[١١٩] يقولُ: قَدِمَ علينا إنسانٌ من خُراسانَ، صديقٌ لأبى عبدِ الله، ومعه غلامٌ ابنُ أختٍ له، وكان جميلًا، فمَضَى إلى أبى عبدِ الله فحَدَّثَه، فلما قُمْنَا خَلَا بالرَّجُلِ، وقال له: مَنْ هذا الغلامُ منك؟ قال: ابنُ أختِى. قال: إذا جِئْتَنِى لا يكونُ معك، والذى أرَى لك أن لا يَمْشِىَ

---

(١١٤) فى ب : « المخنث » .

(١١٥) فى م : « بشدة » .

(١١٦) فى ب : « التأنث » .

(١١٧) فى : ٢ / ٢٨٤ .

(١١٨) قال ابن حجر : إسناده واهٍ ، انظر : باب ما جاء فى استحباب النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ٣ / ١٤٨ . وإرواء الغليل ٦ / ٢١٢ .

(١١٩) أبو بكر الحسن بن طريف الأعين ، بغدادى ، توفى سنة أربعين ومائتين . اللباب ١ / ٦١ .

معك فى طَرِيق . فأمَّا الغلامُ الذى لم يَبْلُغْ سبْعًا[١٢٠] فلا عَوْرَةَ له يَحْرُمُ النَّظرُ إليها .
وقد رُوِىَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ، عن أبيه ، قال : كُنَّا جُلُوسًا عندَ النَّبىِّ ﷺ ، قال : فجاءَ الحَسَنُ ، فجعل يتمَرَّغُ عليه ، فرفَع[١٢١] مُقَدَّمَ قَمِيصِه ، أُراه قال : فقبَّل زُبَيْبَتَه . رواه أبو حَفْصٍ[١٢٢] .

فصل : وحكمُ المرأةِ مع المرأةِ حكمُ الرجلِ مع الرجلِ سواءً ، ولا فَرْقَ بين المُسْلِمَتَيْنِ ، وبين المُسْلِمةِ والذِّمِّيةِ ، كما لا فَرْقَ بين الرَّجُلَيْنِ المسلمَيْنِ ، وبين المُسْلِمِ والذِّمِّىِّ ، فى النَّظَرِ . قال أحمدُ : ذَهَبَ بعضُ الناسِ إلى أنَّها لا تَضَعُ خِمارَها عند اليَهُودِيَّةِ والنَّصْرانيةِ ، وأما أنا فأذْهَبُ[١٢٣] إلى أنَّها لا تَنْظُرُ[١٢٣] إلى الفَرْجِ ، ولا تَقْبَلُها حينَ تَلِدُ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أخرى ، أنَّ المُسْلِمةَ لا تَكْشِفُ قِناعَها عندَ الذِّمِّيَّةِ ، ولا تَدْخُلُ معها الحَمَّامَ . وهو قولُ مَكْحُولٍ ، وسليمان[١٢٤] بن مُوسَى ؛ لقولِه تعالى : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾[١٢٥] . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ النِّساءَ الكَوافِرَ من اليَهُودِيَّاتِ وغيرِهِنَّ ، قد كُنَّ يَدْخُلْنَ على نِساءِ النَّبىِّ ﷺ ، فلم يَكُنَّ / يَحْتَجِبْنَ ، ولا أُمِرْنَ بحِجابٍ ، وقد قالت عائشةُ : جاءت يَهُودِيَّةٌ تَسْأَلُها ، فقالت : أعاذَكِ اللهُ من عذابِ القَبْرِ . فسألتْ عائشةُ رسولَ الله ﷺ . وذكر الحديثَ[١٢٦] . وقالت أسماءُ : قَدِمَتْ عَلَىَّ أُمِّى ، وهى

٥١/٧ ظ

---

(١٢٠) فى ا ، م : « تسعا » .

(١٢١) فى م : « فوقع » .

(١٢٢) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ترك الوضوء من مس الفرج بظهر الكف ، من كتاب الطهارة . السنن الكبرى ١ / ١٣٧ . وسبق وروده فى : ١ / ٢٤٣ .

(١٢٣ - ١٢٣) سقط من : الأصل .

(١٢٤) فى م : « وسليم » .

(١٢٥) سورة النور ٣١ .

(١٢٦) أخرجه البخارى ، فى : باب التعوذ من عذاب القبر ، وباب صلاة الكسوف فى المسجد ، من كتاب الصلاة . وفى : باب ما جاء فى عذاب القبر ، من كتاب الجنائز . صحيح البخارى ٢ / ٤٥ ، ٤٧ ، ١٢٣ . والنسائى ، فى : باب نوع آخر ، من كتاب الكسوف . المجتبى ٣ / ١٠٩ ، ١١٠ . والدارمى ، فى : باب الصلاة عند الكسوف ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١ / ٣٥٩ . والإمام مالك ، فى : باب العمل فى صلاة=

راغبةٌ – يعنى عن الإسْلامِ – فسألتُ رسولَ الله ﷺ أصِلُها ؟ قال : « نَعَمْ »[١٢٧] . ولأنَّ الحَجْبَ بين الرجالِ والنِّساءِ لمعنًى لا يُوجَدُ بين المسلمةِ والذِّمِّيَّةِ ، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ الحَجْبُ بينهما ، كالمُسْلِمِ مع الذِّمِّيِّ ، ولأنَّ الحِجابَ إنَّما[١٢٨] يجِبُ بنَصٍّ أو قِياسٍ ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما . فأما قوله : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾ . فيَحْتَمِلُ أن يكونَ المُرادُ به[١٢٩] جُمْلةَ النِّساءِ .

فصل : فأمَّا نَظَرُ المرأةِ إلى الرجلِ ، ففيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، لها النَّظرُ إلى ما ليس بعَوْرةٍ . والأُخرَى : لا يجوزُ لها النَّظَرُ من الرَّجُلِ إلَّا إلى مِثْلِ ما يَنْظُرُ إليه منها . اختاره أبو بكرٍ . وهذا[١٣٠] أحدُ قولَيِ الشافعيِّ ، لما رَوَى الزُّهْرِيُّ ، عن نَبْهانَ ، عن أُمِّ سَلَمةَ ، قالت : كنتُ قاعدةً عندَ النَّبيِّ ﷺ ، أنا وحَفْصةُ ، فاسْتأْذَنَ ابنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقال النَّبيُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فقلتُ : يا رسولَ الله ، إنَّه ضَرِيرٌ لا يُبْصِرُ . قال : « أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُما لَا تُبْصِرَانِه ! » . رواه أبو داودَ ، وغيرُه[١٣١] . ولأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ النِّساءَ بغَضِّ أبصارِهِنَّ ، كما أمرَ الرجالَ به ، ولأنَّ النِّساءَ أحدُ نَوْعَيِ الآدَمِيِّينَ ، فحُرِّمَ عليهنَّ النظرُ إلى النَّوْعِ الآخَرِ قِياسًا على الرِّجالِ ، يُحَقِّقُه أنَّ المَعْنَى المُحَرِّمَ للنَّظَرِ خَوْفُ الفِتْنةِ ، وهذا فى المرأةِ أبْلَغُ ، فإنَّها أشَدُّ شَهْوةً ، وأقَلُّ عَقْلًا ، فتُسارِعُ الفِتْنةُ إليها أكْثَرَ . ولَنا ، قولُ النَّبيِّ ﷺ لفاطمةَ بنتِ قيسٍ : « اعْتَدِّى فِى بَيْتِ ابنِ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى ، تَضَعِينَ ثِيابَكِ فَلَا يَرَاكِ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٣٢] . وقالت عائشةُ : كان رسولُ الله

= الكسوف ، من كتاب صلاة الكسوف . الموطأ ١ / ١٨٧ ، ١٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٥٣ ، ١٧٤ ، ٢٣٨ .

(١٢٧) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٤ .

(١٢٨) فى الأصل : « إما أن » .

(١٢٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣٠) فى ب : « وهو » .

(١٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٩ .

(١٣٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٨ .

ﷺ يَسْتُرُنى برِدَائِه ، وأنا أنْظُرُ إلى الحَبَشَةِ يَلْعَبُونَ فى المَسْجِدِ . مُتَّفَقٌ عليه(١٣٣) . ويَوْمَ فَرَغَ النَّبِىُّ ﷺ من خُطْبَةِ العِيدِ ، مَضَى إلى النِّساءِ فذَكَّرهُنَّ ، ومعه بلالٌ ، فأمَرهُنَّ بالصَّدَقةِ(١٣٤) . ولأنَّهُنَّ(١٣٥) لو مُنِعْنَ النَّظَرَ ، لوَجَبَ على الرِّجالِ الحِجَابُ ، كما وَجَبَ على النِّساءِ ، لِئَلَّا يَنْظُرْنَ إليهم . فأمَّا حَدِيثُ نَبْهانَ ، فقال أحمدُ : نَبْهانُ رَوَى حَدِيثَيْنِ عَجِيبين . يعنى هذا الحَدِيثَ ، وحديثَ : « إذا كَانَ لإحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »(١٣٦) . وكأنَّه أشار إلى ضَعْفِ حَدِيثه ، إذ لم يَرْوِ إلَّا هَذَيْنِ الحَدِيثَيْنِ المُخالِفَيْنِ للأُصُولِ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : نَبْهانُ مَجْهُولٌ ، لا يُعْرَفُ إلَّا بروايةِ الزُّهْرِىِّ / عنه هذا الحَدِيثَ . وحديثُ فاطمةَ صحيحٌ . فالحُجَّةُ به لازِمةٌ . ثم يَحْتَمِلُ أنَّ حَدِيثَ نَبْهانَ خاصٌّ لأزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ . كذلك قال أحمدُ ، وأبو داودَ . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : كان حَدِيثُ نَبْهانَ لأزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ خاصَّةً ، وحديثُ فاطمةَ لسائرِ الناسِ ؟ قال : نعم . وإن قُدِّرَ التَّعارُضُ فتَقْدِيمُ الأحاديثِ الصحيحةِ أَوْلَى من الأخْذِ بحديثٍ مُفْرَدٍ ، فى إسْنادِه مَقَالٌ .

٥٢/٧و

---

(١٣٣) أخرجه البخارى ، فى : باب أصحاب الحراب فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب إذا فاته العيد يصلى ركعتين ... ، من كتاب العيدين ، وفى : باب قصة الحبش وقول النبى ﷺ : يا بنى أرفدة ، من كتاب المناقب ، وفى : باب نظر المرأة إلى الحبش ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ١٢٣ ، ٢ / ٢٩ ، ٤ / ٢٢٥ ، ٧ / ٤٨ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب الرخصة فى اللعب الذى لا معصية فيه فى أيام العيد ، من كتاب العيدين . صحيح مسلم ٢ / ٦٠٨ ، ٦٠٩ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب اللعب فى المسجد يوم العيد ... ، من كتاب العيدين . المجتبى ٣ / ١٥٩ والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٨٤ ، ٨٥ ، ١٦٦ ، ٢٤٧ ، ٢٧٠ .

(١٣٤) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٢٧٨ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب خروج الصبيان إلى المصلى ، وباب العلم الذى بالمصلى ، وباب موعظة الإمام النساء يوم العيد ، من كتاب العيدين ، وفى : باب والذين لم يبلغوا الحلم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢ / ٢٦ ، ٢٧ ، ٧ / ٥١ ، ٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى صلاة العيدين ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ١ / ٤٠٦ . والدارمى ، فى : باب صلاة العيدين بلا أذان ولا إقامة ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٦ .

(١٣٥) فى الأصل : « ولأنه » .

(١٣٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

١١٤٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ[١] ، وشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ تَكُونَ عِنْدَهُـمْ بِالنَّهَارِ ، ويَبْعَثَ بِهَا إِلَيْهِ باللَّيْلِ ، فَالْعَقْدُ والشَّرْطُ جَائِزَانِ ، وعَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ مُدَّةَ مُقَامِهَا عِنْدَهُ)

أَمَّا الشَّرْطُ فصحيحٌ ؛ لأنَّه لا يُخِلُّ بمَقْصُودِ النِّكاحِ ، فإنَّ الاسْتِمْتاعَ إنَّما يكونُ لَيْلًا ، وإذا كان الشرطُ صحيحًا لم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ ، فيَكُونان صحيحَيْنِ . وعلى الزَّوْجِ النَّفَقةُ في الليلِ ؛ لأنَّها سَلَّمتْ نفسَها[٢] إليه فيه ، وليس عليه نفقةُ النَّهارِ ؛ لأنَّها في مُقابلةِ الاسْتِمْتاعِ ، وهو لا يتَمَكَّنُ من الاسْتِمْتاعِ بها في تلك الحالِ . وإذا لم تَجِبْ نَفَقةُ النهارِ على الزَّوْجِ ، وَجَبَتْ على السَّيِّدِ ، لأنَّها في خِدْمَتِه حينئذٍ ، ولأنَّها[٣] باقِيةٌ على الأصْلِ في وُجُوبِها على السَّيِّدِ ، فتكونُ نَفَقَتُها بينهما نِصْفَيْنِ ، وكذلك الكُسْوَةُ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : ليس على الزَّوْجِ شيءٌ من النَّفَقةِ ؛ لأنَّها لا تَجِبُ إلَّا بالتَّمْكِينِ التَّامِّ ، ولم يُوجَدْ ، فلم يَجِبْ منها شيءٌ ، كالحُرَّةِ إذا بَذَلَتِ التَّسْلِيمَ في بعضِ الزَّمانِ دون بعضٍ . ولَنا ، أنَّ النَّفقةَ عِوَضٌ في مُقابلةِ المَنْفَعةِ ، فوَجَبَ منها بقَدْرِ ما يَسْتَوْفِيه ، كالأُجْرَةِ في الإِجارةِ ، وفارَقَتِ الحُرَّةَ ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ عليها واجبٌ في جميعِ الزَّمانِ ، فإذا امْتَنَعَتْ منه[٤] في البَعْضِ ، فلم تُسَلِّمْ ما وَجَبَ عليها تَسْلِيمُه ، وهٰهُنا قد سَلَّمَ السَّيِّدُ جميعَ ما وَجَبَ عليه .

فصل : فإن زَوَّجَها من غير شَرْطٍ . فقال القاضي : الحكمُ فيه كما لو شَرَطَ ، وله اسْتِخْدامُها نهارًا ، وعليه إرْسالُها ليلًا للاسْتِمْتاعِ بها ؛ لأنَّه زَمانُه ، وذلك لأنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ من أَمَتِه مَنْفَعَتَيْنِ ، منفعةَ الاسْتِخْدامِ والاسْتِمْتاعِ ، فإذا عَقَدَ على إحداهما ، لم

---

(١) في ا ، ب ، م : « أمة » .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣) في ا ، ب : « أو لأنها » .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

يَلْزَمُه تَسْلِيمُها إلَّا فى زَمَنِ اسْتِيفائِها ، كما لو أَجَرَها للخِدْمةِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُها إلَّا فى زَمَنِها وهو النهارُ ، والنفقةُ بينهما على قَدْرِ إقامَتِها عندَهما . وإن تَبرَّعَ السَّيِّدُ بإرْسالِها ليلًا ونهارًا ، فالنفقةُ كلُّها على الزَّوْجِ . وإن تَبرَّعَ الزَّوْجُ بتَرْكِها عند السَّيِّدِ لَيْلًا ونهارًا ، لم تَسْقُطْ نَفَقَتُها عنه . ولو تَبرَّعَ كلُّ واحدٍ منهما بتَرْكِها عندَ / الآخرِ ، وتَدافعاها ، كانت نَفَقَتُها كلُّها على الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الزَّوْجيَّةَ تَقْتَضِى (٥)وُجوبَ النَّفقةِ(٥) ، ما لم يَمْنَعْ من اسْتِمْتاعِها ، عُدْوانًا أو بشَرْطٍ أو نحوه ، ولذلك تَجِبُ نَفَقَتُها مع تَعذُّرِ اسْتِمْتاعِها بمَرَضٍ أو حَيْضٍ أو نحوهما ، فإذا لم يَكُنْ من السَّيِّد هٰهُنا مَنْعٌ (٦)وَجَبتِ النَّفقةُ(٦) على الزَّوْجِ ؛ لوُجُودِ الزَّوْجِيَّةِ المُقْتَضِيةِ لها ، وعدمِ المانعِ منها .

٥٢/٧ ظ

فصل : فإن أرادَ الزوجُ السَّفَرَ بها ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ خِدْمَتَها المُسْتَحَقَّةَ لسَيِّدِها . وإن أراد السَّيِّدُ السَّفَرَ بها ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ عن ذلك ، وقال : ما أدْرِى . فيَحْتَمِلُ المَنْعَ منه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ منها ، فمُنِعَ منه ، قِياسًا على ما لو مَنَعَه منه مع الإقامةِ ، ولأنَّه مالِكٌ لإحْدَى مَنْفَعَتَيْها ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَ الآخرِ من السَّفرِ بها ، كالسَّيِّدِ ، وكما لو أجَرَها(٧) ثم أراد السَّفَرَ بها . ويَحْتَمِلُ أنَّ له السَّفرَ بها ؛ لأنَّه مالكُ رَقَبَتِها ، كسَيِّدِ العبدِ إذا زَوَّجَه . وإن شَرَطَ الزَّوْجُ أن تُسلَّمَ إليه الأَمَةُ ليلًا ونَهارًا ، جاز ، وعليه نَفَقَتُها كلُّها ، وليس للسَّيِّدِ السَّفَرُ بها ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فى نَفْعِها(٨) .

فصل : ويُسْتَحَبُّ لمن أراد التَّزَوُّجَ ، أن يَخْتارَ ذاتَ الدِّينِ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِمالِهَا ، ولِحَسَبِهَا ، ولِجَمالِهَا ، ولِدِينِها ، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ » . مُتَّفَقٌ عليه(٩) . ويَختارُ البِكْرَ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « أتَزَوَّجْتَ يَا

(٥ – ٥) فى ب ، م : « وجوبها » .

(٦ – ٦) فى م : « فالنفقة » .

(٧) فى م : « أجراها » .

(٨) فى ب ، م : « بضعها » .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الأكفاء فى الدين ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٩ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٦ ، ١٠٨٧ . =

جَابِرُ ؟ » قال : قلتُ : نعم . قال : « بِكْرًا أَمْ ثَيِّبًا ؟ » . قال : قلتُ : بل ثَيِّبًا . قال : « فَهَلَّا بِكْرًا تُلَاعِبُها وتُلَاعِبُكَ ؟ » . مُتَّفَقٌ عليه[10] . وعن عَطاءٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ ، فَإِنَّهُنَّ أَعْذَبُ أَفْوَاهًا ، وأَنْقَى أَرْحامًا » . روَاه الإمامُ أحمدُ . وفى[11] روايةٍ : « وأَنْتَقُ أَرْحامًا[12] ، وأَرْضَى بالْيَسِيرِ »[13] . ويُسْتَحَبُّ أن تكونَ من نِساءٍ يُعْرَفْنَ بكثرةِ الوِلادةِ[14] ؛ لما رُوِىَ عن أَنسٍ ، قال : كان رسولُ اللهِ ﷺ

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٦ . والنسائى ، فى : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٤ ، ٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٧ . والدارمى ، فى : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤٢٨ ، ٣ / ٨٠ ، ٨١ ، ٦ / ١٥٢ .

(١٠) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء الدواب والحمير ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا وكل رجلا أن يعطى شيئا ... ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب الشفاعة فى وضع الدين ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب استئذان الرجل الإمام ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب الثيبات ، وباب طلب الولد ، وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح ، وباب عون المرأة زوجها فى ولده ، من كتاب النفقات ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٣ / ٨١ ، ١٣٢ ، ٤ ، ١٥٧ / ٦٣ ، ٥ / ١٢٣ ، ٧ / ٦ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٨٥ ، ٨ ، ١٠٢ / ١٠٢ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، وباب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وفى : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢١ ، ١٢٢٢

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والترمذى ، فى : الباب نفسه . عارضة الأحوذى ٥ / ١١١ ، وابن ماجه ، فى الباب نفسه . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٨ . والدارمى ، فى الباب نفسه . سنن الدارمى ٢ / ١٤٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٤ ، ٣٠٢ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣٦٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

(١١) فى ب ، م : « فى » .

(١٢) أنتق أرحاما : أكثر أولادا .

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٨ . والبيهقى ، فى : باب استحباب التزوج بالأبكار ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٨١ .

(١٤) فى ا ، ب : « الأولاد » .

يأْمُرُ بالباءَةِ ، وينْهَى عن التَّبتُّلِ نَهْيًا شديدًا ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ ، فَإنِّى مُكاثِرٌ بِكُم الأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رواه سعيدٌ[١٥] . وروَى مَعْقِلُ بن يَسارٍ ، قال : جاء رَجُلٌ إلى رسولِ الله ﷺ ، فقال : إنِّى أصَبْتُ امرأةً ذاتَ حَسَبٍ ومَنْصِبٍ ، إلَّا أنَّها لا تَلِدُ ، أفأتَزَوَّجُها ؟ فنَهاه ، ثم أتاه الثانيةَ ، فنهاه ، ثم أتاه الثالثةَ ، فقال : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الوَلُودَ ، فإنِّى مُكاثِرٌ بِكُمْ »[١٦] . رواه النَّسائىُّ[١٧] . وعن علىِّ بن الحُسَيْنِ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ ، قال : « يَا بَنِى هَاشِمٍ ، عَلَيْكُمْ بِنِسَاءِ الْأَعَاجِمِ ، فَالْتَمِسُوا أَوْلادَهُنَّ / فإنَّ فِى أَرْحَامِهِنَّ البَرَكَةَ »[١٨] . ويختارُ الجميلةَ لأنَّها أسْكَنُ لنَفْسِه ، وأغَضُّ لبصَرِه ، وأكْمَلُ لمَوَدَّتِه ، ولذلك شُرِعَ النَّظَرُ قبلَ النِّكاحِ ، وقد رُوِىَ عن أبى بكرِ بن محمدِ ابن عمرِو بن حَزْمٍ ، عن رسولِ الله ﷺ ، أنَّه قال : « إنَّما النِّساءُ لُعَبٌ ، فإذا اتَّخذَ أحَدُكم لُعبةً فَلْيَسْتَحْسِنْهَا[١٩] » . وعن أبى هُرَيْرةَ ، قال : قيل يا رسولَ الله ، أىُّ النِّساءِ خَيْرٌ ؟ قال[٢٠] : « الَّتِى تَسُرُّهُ إذَا نَظَرَ ، وتُطِيعُهُ إذَا أمَرَ ، ولَا تُخالِفُه فِى نَفْسِهَا ولا فِى مَالِهَا[٢١] بِمَا يَكْرَهُ » . رواه النَّسائىُّ[٢٢] . وعن يحيى بن جَعْدَةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « خَيْرُ فَائِدَةٍ أفَادَهَا الْمَرْءُ الْمُسْلِمُ بَعْدَ إسْلَامِه ، امْرَأَةٌ جَمِيلَةٌ ، تَسُرُّهُ إذَا نَظَرَ إلَيْهَا ، وتُطِيعُهُ إذَا أمَرَهَا ، وتَحْفَظُهُ فِى غَيْبَتِهِ فِى مَالِهَا[٢٣] ونَفْسِهَا » . رواه سعيدٌ[٢٤] .

٥٣/٧ و

---

(١٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٢ .

(١٦) فى الأصل زيادة : « الأمم » . وليست عند النسائى .

(١٧) فى : باب كراهية تزويج العقيم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب النهى عن التزويج من لم يلد من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٣ .

(١٨) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٩) فى الأصل : « فليحسنها » . ولم نجده أيضا .

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(٢١) فى م : « ماله » . وهو عند النسائى كما هنا .

(٢٢) فى : باب أى النساء خير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٨ .

(٢٣) فى م : « ماله » .

(٢٤) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٤١ .

ويختارُ ذاتَ العَقْلِ ، ويَجْتَنِبُ الحَمْقاءَ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يُرادُ للعِشْرَةِ ، ولا تَصْلُحُ العِشْرةُ مع الحَمْقاءِ ولا (٢٥ يَطِيبُ العَيْشُ ٢٥) معها ، ورُبَّما تَعَدَّى ذلك إلى وَلَدِها . وقد قيل : اجْتَنِبُوا الْحَمْقاءَ ، فإنَّ وَلَدَها ضَيَاعٌ ، وصُحْبَتَها بَلاءٌ . ويختارُ الحَسِيبةَ ؛ ليكونَ وَلَدُها نَجِيبًا ، فإنَّه رُبَّما أشْبَهَ أهْلَها ، ونَزَعَ إليهم . وكان يُقال : إذا أرَدْتَ أن تتزَوَّجَ[٢٦] امرأةً فانْظُرْ إلى أبِيها (٢٧ وأخِيها ٢٧) . وعن عائشةَ ، قالت : قال رسولُ الله ﷺ : « تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُم ، وانْكِحُوا الأكْفاءَ ، وأنْكِحُوا إلَيْهِمْ »[٢٨] . ويختارُ الأجْنبيَّةَ ؛ فإنَّ وَلَدَها أنْجَبُ ، ولهذا يقال : اغْتَرِبُوا لا تَضْوُوا . يعنى : انْكَحُوا الغَرائِبَ كى لا تَضْعُفَ أوْلادُكم . وقال بعضُهم : الغَرَائِبُ أنْجَبُ ، وبناتُ العَمِّ أصْبَرُ . ولأنَّه لا تُؤْمَنُ[٢٩] العَدَاوةُ فى النِّكاحِ ، وإفْضاؤُه إلى الطَّلَاقِ ، فإذا كان فى قَرَابَتِه أفْضَى إلى قَطِيعةِ الرَّحِمِ المأْمُورِ بصِلَتِها . واللهُ أعلمُ .

(٢٥ – ٢٥) فى الأصل : « تطيب العشرة » .

(٢٦) فى الأصل : « تنظر إلى » . وفى ا ، ب : « تزوج » .

(٢٧ – ٢٧) فى ب : « أمها وأختها » .

(٢٨) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٣ .

(٢٩) فى الأصل زيادة : « من » .

باب ما يَحْرُمُ نِكاحُه ، والجَمْعُ بَيْنَه ، وغير ذلك

التَّحْرِيمُ للنِّكاحِ ضَرْبانِ ؛ تَحْرِيمُ عَيْنٍ ، وتحريمُ جَمْعٍ . ويَتَنَوَّعُ أيضا نَوْعَيْنِ ؛ تَحْرِيمَ نَسَبٍ ، وتحريمَ سَبَبٍ . والأصلُ فى ذلك الكتابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ ، فأمَّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ ﴾ . والآيةُ التى قَبْلَها والتى بعدَها[1] ، وأمَّا السُّنَّةُ فرَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، عن رسولِ الله ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ الْمَرْأةِ وعَمَّتِها ، ولَا بَيْنَها وبَيْنَ خالَتِهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . وعن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالت : قال رسولُ / الله ﷺ : « إنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلَادَةُ » . أخْرَجَهُ مُسْلِمٌ[3] . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على تَحْرِيمِ ما نَصَّ اللهُ تعالى على تَحْرِيمِه . ٥٣/٧ ظ

١١٤٤ – مسألة ؛ قال : (والْمُحَرَّماتُ نِكَاحُهُنَّ بِالْأنْسَابِ : الأُمَّهاتُ ، والْبَناتُ ، والأَخَواتُ ، والْعَمَّاتُ ، والْخالَاتُ ، وبَنَاتُ الأَخِ ، وبَنَاتُ الأُخْتِ .

---

(١) الآيات ٢٢ – ٢٤ من سورة النساء .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٨ – ١٠٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٦ ، ٤٧٧ . وابن ماجه ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢١ . والدارمى ، فى : باب الحال التى يجوز للرجل أن يخطب فيها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٦ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٢ .

(٣) فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٨ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٤ / ١٠٠ ، ٧ / ١١ ، ١٢ .

والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ .

والْمُحَرَّمَاتُ بالأَسْبَابِ : الأُمَّهَاتُ الْمُرْضِعَاتُ ، والأَخَوَاتُ مِنَ الرَّضَاعَةِ ، وأُمَّهَاتُ النِّسَاءِ ، وبَنَاتُ النِّسَاءِ اللَّاتِي دَخَلَ بِهِنَّ ، وحَلَائِلُ الأَبْنَاءِ ، وزَوْجَاتُ الأَبِ ، والْجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المَنْصُوصَ على تَحْرِيمِهِنَّ فى الكتابِ أَرْبَعَ عَشْرةَ ؛ سَبْعٌ بالنَّسَبِ ، واثْنَتانِ بالرَّضَاعِ ، وأَرْبَعٌ بالمُصَاهَرةِ ، وواحدةٌ بالجَمْعِ . فأمَّا اللَّواتِى بالنَّسَبِ فأَوَّلُهُنَّ[1] الأُمَّهاتُ ، وهُنَّ كلُّ من انْتَسَبْتَ إليها بوِلادةٍ ، سواءٌ وَقَعَ عليها اسمُ الأُمِّ حَقِيقةً ، وهى التى وَلَدَتْكَ ، أو مجازًا ، وهى التى وَلَدَتْ من وَلَدَكَ وإن عَلَتْ ، من ذلك جَدَّتاكَ[2] ؛ أُمُّ أُمِّكَ وأُمُّ أَبِيكَ ، وجَدَّتَا أُمِّكَ وجَدَّتَا أَبِيكَ ، وجَدَّاتُ جَدَّاتِكَ وجَدَّاتُ أجْدادِكَ وإن عَلَوْنَ[3] ، وارِثاتٍ كُنَّ أو غيرَ وارِثاتٍ ، كُلُّهُنَّ أُمَّهاتٌ مُحَرَّماتٌ . ذكر أبو هُرَيْرَةَ هاجَرَ أُمَّ إسماعيلَ ، فقال : تِلْكَ أُمُّكُم يا بَنِى ماءِ السَّماءِ[4] . وفى الدُّعاءِ : اللَّهُمَّ صَلِّ على أبِينَا آدَمَ وأُمِّنَا حَوَّاءَ . والبناتُ ، وهُنَّ كلُّ أُنْثَى انْتَسَبَتْ إليك[5] بوِلادَتِكَ ، كابْنَةِ الصُّلْبِ ، وبناتِ البَنِين والبناتِ وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وارِثاتٍ أو غيرَ وارِثاتٍ ، كُلُّهُنَّ بناتٌ مُحَرَّماتٌ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . فإنَّ كلَّ امرأةٍ بنتُ آدَمَ ، كما أنَّ كلَّ رجلٍ ابنُ آدَمَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَا بَنِى آدَمَ ﴾ . والأَخواتُ من الجِهاتِ الثَّلاثِ ، من الأَبوَيْنِ ، أو من الأبِ ، أو من الأُمِّ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وأَخَوَاتُكُمْ ﴾ . ولا تَفْرِيعَ عليهِنَّ . والعَمَّاتُ أخواتُ الأَبِ من الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الأَجْدادِ[6] من قِبَلِ

---

(١) فى م : « فأولاهن » .

(٢) فى م : « جدتك » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « علوا » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ واتخذ الله إبراهيم خليلا ﴾ ... ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب إلى من ينكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٤ / ١٧١ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، فى : باب من فضائل الخليل إبراهيم ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٨٤١ .

(٥) فى ا : « إليها » .

(٦) فى م : « لأجداد » .

الأبِ ومن قِبَلِ الأُمِّ، قَرِيبًا كان الجَدُّ أو بعيدًا، وارِثًا أو غيرَ وارِثٍ؛ لقولِه تعالى: ﴿ وَعَمَّاتُكُمْ ﴾ . والخالاتُ أخواتُ الأُمِّ من الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الجَدَّاتِ وإن عَلَوْنَ . وقد ذكَرْنا أنَّ كلَّ جَدَّةٍ أُمٌّ ، فكذلك كلُّ أختٍ لِجَدَّةٍ خالةٌ مُحَرَّمةٌ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَخَالَاتُكُمْ ﴾ . [7] وبناتُ الأخِ ، كلُّ امرأةٍ انْتَسَبَتْ إلى أخٍ بولادةٍ فهى بِنْتُ أخٍ مُحَرَّمةٌ من أىِّ جِهَةٍ كان الأخُ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ ﴾[7] . وبناتُ الأُخْتِ كذلك أيضا مُحَرَّماتٌ ، لقولِه سبحانه وتعالى : ﴿ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ . فهؤلاء المُحَرَّماتُ بالأنسابِ . / النَّوْعُ الثانى ، المُحرَّماتُ تَحْرِيمَ السَّبَبِ ، وهو قسمان : رَضَاعٌ ومُصاهَرَةٌ ، فأمَّا الرَّضاعُ فالمنصوصُ على التَّحْرِيمِ فيه اثْنَتانِ ؛ الأُمَّهاتُ المُرْضِعاتُ ، وهُنَّ اللَّاتِى أرْضَعْنَكَ وأُمَّهاتُهنَّ وجَدَّاتُهُنَّ وإن عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، على حَسَبِ ما ذكَرْنا فى النَّسَبِ ، مُحَرَّماتٌ بقولِه تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِى أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ . كلُّ امرأةٍ أرْضَعَتْكَ أُمُّها ، أو أرْضَعَتْها أُمُّكَ ، أو أرْضَعَتْكَ وإيَّاها امرأةٌ واحدةٌ ، أو ارْتَضَعْتَ أنتَ وهى من لَبَنِ رَجُلٍ واحِدٍ ، كرَجُلٍ له امْرَأتانِ ، لهما منه لَبَنٌ ، أرْضَعَتْكَ إحداهُما ، وأرْضَعَتْها الأُخْرَى ، فهى أُخْتُكَ ، مُحَرَّمةٌ عليك ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ ﴾ . القسم الثانى ، تَحْرِيمُ المُصاهَرةِ ، والمنصوصُ عليه أرْبَعٌ ؛ أُمَّهاتُ النِّساءِ ، فمَن تَزَوَّجَ امرأةً حُرِّمَ عليه كلُّ أُمٍّ لها ، من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قَرِيبةٍ أو بعيدةٍ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ ابنُ مسعودٍ ، وابنُ عمرَ ، وجابرٌ ، وعِمرانُ بن حُصَيْنٍ ، وكثيرٌ من التابِعِينَ . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّها لا تَحْرُمُ إلَّا بالدُّخُولِ [8] بابْنَتِها ، كما لا تَحْرُمُ ابْنَتُها إلا بالدُّخُولِ[8] . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ . والمَعْقُودُ عليها من نِسائِه ، فتَدْخُلُ أُمُّها فى عُمُومِ الآية . قال ابنُ عباسٍ : أَبْهِمُوا ما أبْهَمَ القرآنُ[9] . يعنى

(7 - 7) سقط من : ب .

(8 - 8) سقط من : ا . نقل نظر .

(9) أخرج نحوه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ... ﴾ ، من كتاب النكاح. =

عَمَّمُوا حُكْمَها فى كلِّ حالٍ ، ولا تفصِلُوا بين المَدْخُولِ بها وبين[10] غيرِها . ورَوَى عمرو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فطَلَّقَها قَبْلَ أنْ دَخَلَ بِهَا ، فَلَا بَأْسَ أنْ يَتَزَوَّجَ رَبِيبَتَهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهَا » . رواه أبو حَفْصٍ بإسْنادِه[11] . وقال زَيْدٌ : تَحْرُمُ بالدُّخولِ أو بالموتِ ؛ لأنَّه يَقُومُ[12] مَقامَ الدخولِ . وقد ذَكَرْنا ما يُوجِبُ التَّحْرِيمَ مُطْلَقًا ، سواءٌ وُجِدَ الدُّخولُ أو الموتُ أو لا ، ولأنَّها حُرِّمَتْ بالمُصاهَرةِ بقولٍ مُبْهَمٍ ، فحُرِّمَتْ بنَفْسِ العَقْدِ ، كحَلِيلةِ الابْنِ والأبِ . الثانية ، بناتُ النِّساءِ اللَّاتِى دَخَلَ بِهِنَّ ، وهُنَّ الرَّبائِبُ ، فلا يَحْرُمْنَ إلَّا بالدُّخولِ بأُمَّهاتِهِنَّ ، وهُنَّ كلُّ بِنْتٍ للزَّوجةِ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قريبةٍ أو بعيدةٍ ، وارثةٍ أو غيرِ وارثةٍ ، على حَسَبِ ما ذكَرْنا فى البَناتِ ، إذا دَخَلَ بالأُمِّ حُرِّمَتْ عليه ، سواءٌ كانت فى حِجْرِه أو لم تَكُنْ ، فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ ، إلَّا أنَّه رُوِىَ عن عمرَ وعليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، أنَّهما رَخَّصَا فيها إذا لم تكُنْ فى حِجْرِه . وهو قولُ / داودَ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ ٱللَّاتِى فِى حُجُورِكُمْ ﴾ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد أجْمَعَ عُلَماءُ الأمْصارِ على خِلافِ هذا القولِ . وقد ذكَرْنا حديثَ عبدِ اللهِ بن عمرو فى هذا ، وقال النَّبِىُّ ﷺ لأُمِّ حَبِيبَةَ : « لَا تَعْرِضْنَ عَلَىَّ بَنَاتِكُنَّ ، وَلَا أَخَوَاتِكُنَّ »[13] . ولأنَّ التَّرْبيةَ[14] لا تأْثِيرَ لها

٥٤/٧ ظ

= السنن الكبرى ٧ / ١٦٠ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فتموت ... السنن ١ / ٢٣٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يتزوج المرأة ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم ... ﴾ ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب أمهات نسائكم ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٧٦ .

(١٢) فى الأصل : « يقام » .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الثيبات ، وباب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ... ، وباب : ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم ... ﴾ وباب : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ... ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفى : باب المراضع من المواليات وغيرهن ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٧ / ٦ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . وأبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والنسائى ، فى : باب تحريم الجمع بين الأم والبنت ، وباب تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٨ ، ٧٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩١ ، ٣٠٩ ، ٤٢٨ .

(١٤) فى الأصل : « القربة » .

فى التَّحْرِيمِ كسائرِ المُحَرَّماتِ . وأمَّا الآيةُ فلم تَخْرُجْ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، وإنَّما وَصَفَها بذلك تَعْرِيفًا[15] لها بغالبِ حالِها ، وما خَرَجَ مَخْرَجَ الغالبِ لا يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بمَفْهُومِه . وإن لم يَدْخُلْ بالمَرْأةِ لم تُحَرَّمْ عليه بناتُها ، فى قولِ عامَّةِ عُلَماءِ الأمْصارِ إذا بانَتْ من نِكَاحِه ، إلَّا أن تَموتَ قبلَ الدخولِ ، ففيه روايتان ؛ إحْداهما ، تَحْرُمُ ابْنَتُها . وبه قال زيدُ بن ثابتٍ . وهى اختيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ الموتَ أُقِيمَ مُقامَ الدُّخُولِ فى تَكْمِيلِ العِدَّةِ والصَّداقِ ، فيقومُ مَقامَه[16] فى تحريمِ الرَّبِيبَةِ . والثانية : لا تَحْرُمُ . وهو قولُ علىٍّ ، ومَذْهَبُ عامَّةِ العلماءِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ عوامُّ عُلَماءِ الأمْصارِ على[17] أنَّ الرَّجُلَ إذا تزَوَّجَ المرأةَ ، ثم طَلَّقَها ، أو ماتتْ قبلَ الدُّخولِ بها ، حَلَّ[18] له أن يتزوَّجَ ابْنَتَها . كذلك قال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، ومَنْ تَبِعَهُم ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا نصٌّ لا يُتْرَكُ لقِياسٍ ضعيفٍ ، وحديثِ عبدِ اللهِ ابنِ عَمْرٍو ، وقد ذكَرْناه ، ولأنَّها فُرْقَةٌ قبلَ الدُّخولِ ، فلم تُحَرِّمِ الرَّبِيبةَ ، كفُرْقةِ الطَّلاقِ ، والموتُ لا يَجْرِى مَجْرَى الدُّخولِ فى الإحْصانِ والإحْلالِ وعِدَّةِ الأقْراءِ ، وقِيامُه مَقامَه من وَجْهٍ ليس بأَوْلَى من مُفَارَقَتِه إيَّاه من وَجْهٍ آخَرَ ، ولو قام مَقامَه من كلِّ وَجْهٍ ، فلا يُتْرَكُ صَرِيحُ نَصِّ اللهِ تعالى ونَصِّ رَسُولِه لقياسٍ ولا غيرِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الدخولَ بها هو وَطْؤُها ، كُنِىَ عنه بالدُّخولِ ، فإن خَلَا بها ولم يَطَأْها ، لم تَحْرُمِ ابْنَتُها ؛ لأنَّها غيرُ مَدْخُولٍ بها . وظاهرُ قولِ[19] الخِرَقِىِّ تَحْرِيمُها ؛ لقولِه : فإن خَلَا بها وقال : لم أطَأْها . وصَدَّقَتْه ، لم يُلْتَفَتْ إلى قَوْلِهما[20] ، وكان حُكْمُها حكمَ المَدْخُولِ[21] فى

---

(15) فى الأصل : « تعريفها » .
(16) فى الأصل : « مقامها » .
(17) سقط من : ا ، ب ، م .
(18) فى م : « جاز » .
(19) فى الأصل : « كلام » .
(20) فى الأصل ، م : « قولها » .
(21) فى ا ، ب ، م : « الدخول » .

جميعِ أمورِها ، إلّا في الرُّجوعِ إلى زَوْجٍ طلَّقَها ثلاثًا ، وفى الزِّنَى ، فإنَّهما يُجْلَدانِ ولا يُرْجَمانِ . وسنذكُرُه فيما بعدُ ، إن شاء الله . الثالثة ، حَلائِلُ الأبناءِ ، يعنى أزْواجَهُم ، سُمِّيَتِ امرأةُ الرجلِ حَلِيلَتَه[22] ؛ لأنَّها مَحَلُّ إزارِ زَوْجِها ، وهى مُحَلَّلةٌ له ، فيَحْرُمُ على الرجلِ أزْواجُ أبْنائِه ، وأبناء بَناتِه ، من نَسَبٍ أو رَضَاعٍ ، قريبًا كان أو بعيدًا ، بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا . الرابعة ، زَوْجاتُ / الأبِ ، فتَحْرُمُ على الرجلِ امرأةُ أبيه ، قريبًا كان[23] أو بعيدًا ، وارثًا كان[24] أو غيرَ وارثٍ ، من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ . وقال البَراءُ بنُ عازِبٍ : لَقِيتُ خالِى ، ومعه الرَّايةُ ، فقلتُ : أين تُرِيدُ ؟ قال : أرْسَلَنِى رسولُ الله ﷺ إلى رجلٍ تَزَوَّجَ امرأةَ أبِيه من بَعْدِه أن أضْرِبَ عُنُقَه أو أقْتُلَه . رواه النَّسائِىُّ[25] . وفى رواية قال : لَقِيتُ عَمِّى الحارثَ ابن عَمْرو ، ومعه الرايةُ . فذكر الخبرَ كذلك . رواه سعيدٌ وغيرُه[26] . وسواءٌ فى هذا امرأةُ أبيه[27] ، أو امرأةُ جَدِّه لأبِيه ، وجَدِّه لأُمِّه ، [28]قَرُبَ أم بَعُدَ[28] . وليس فى هذا بين أهلِ العِلْمِ[27] خلافٌ عَلِمْناه ، والحمد لله . ويَحْرُمُ عليه من وَطِئَها أبُوه ، أو ابْنُه ، بمِلْكِ يَمِينٍ أو شُبْهةٍ ، كما يَحْرُمُ عليه من وَطِئَها فى عَقْدِ نِكاحٍ . قال ابنُ المنذرِ : المِلْكُ فى هذا

٧/٥٥و

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « حليلة » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٥) فى : باب نكاح ما نكح الآباء ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٠ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فى من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى . وابن ماجه ، فى : باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٩ . ولكنه ذكر اسم عم البراء . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٩٢ ، ٢٩٧ .

(٢٦) أخرجه سعيد ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة ... السنن ١ / ٢٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يزنى بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٦٧ . والدارمى ، فى : باب الرجل يتزوج امرأة أبيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٣ .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨ – ٢٨) فى الأصل : « قريبا أم بعيدا » .

والرَّضاعُ بمَنْزِلةِ النَّسَبِ ، وممَّن حَفِظْنا ذلك عنه ، عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومَكْحولٌ ، وقَتادةُ ، والثَّوْرِيُّ ، والأوْزَاعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، ولا نَحْفَظُ عن أحدٍ خِلافَهُم . الضرب الثانى ، تَحْرِيمُ الجَمْعِ . والمذكورُ فى الكِتابِ الجَمْعُ بين الأُخْتَيْنِ ، سواءٌ كانَتَا من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، حُرَّتَيْنِ كانتا أو أَمَتَيْنِ ، أو حُرَّةً وأَمَةً ، من أبَوَيْنِ كانتا أو من أبٍ أو أُمٍّ ، وسواءٌ فى هذا ما قَبْلَ الدُّخولِ أو بعدَه ؛ لعُمُومِ الآية . فإن تزوَّجَهُما فى عقدٍ واحِدٍ ، فَسَدَ ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لإحْداهما على الأُخرَى[29] . وسواءٌ عَلِمَ بذلك حالَ العَقْدِ أو بعدَه . فإن تزوَّجَ إحداهما بعدَ الأُخْرَى ، فنِكاحُ الأُولَى صحيحٌ ؛ لأنَّه لم يَحْصُلْ فيه جَمْعٌ ، ونِكاحُ الثانية باطِلٌ ؛ لأنَّ به يَحْصُلُ الجمعُ ، وليس فى هذا بحمدِ الله اخْتِلافٌ ، وليس عليه تَفْرِيعٌ .

١١٤٥ – مسألة ؛ قال : (ويَحْرُمُ من الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ)

كلُّ امرأةٍ حُرِّمَتْ من النَّسَبِ حُرِّمَ مثلُها من الرَّضَاعِ ، وهُنَّ الأُمَّهاتُ ، والبَنَاتُ ، والأخواتُ ، والعَمَّاتُ ، والخالاتُ ، وبناتُ الأخِ ، وبناتُ الأُخْتِ ، على الوجهِ الذى شَرَحْناه فى النَّسَبِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ[1] النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . وفى رواية مسلمٍ : « الرَّضَاعُ يُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادةُ » .

---

(٢٩) فى م : « الآخرة » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وباب لا تنكح المرأة على عمتها ، وباب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٤ / ١٠٠ ، ٧ / ١٢ ، ١٥ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، وباب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٨ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود=

وقال النَّبِيُّ ﷺ ، فى دُرَّةَ بنت أبى سَلَمةَ : « إِنَّهَا لَوْ لَمْ تَكُنْ رَبِيبَتِى فِى حِجْرِى ، مَا حَلَّتْ لِى ، إِنَّها ابْنَةُ أَخِى مِنَ الرَّضَاعَةِ ، أَرْضَعَتْنِى وأَبَاهَا ثُوَيْبَةُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٣] . ولأنَّ الأُمَّهاتِ / والأخواتِ منصوصٌ عليهنَّ ، والباقِياتُ يَدْخُلْنَ فى عُمُومِ لفظِ سائرِ المُحَرَّماتِ . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا .

٧/٥٥ظ

١١٤٦ – مسألة ؛ قال : (ولَبَنُ الفَحْلِ مُحَرِّمٌ)

معناه أنَّ المرأةَ إذا أرْضَعَتْ طِفْلًا بلَبَنٍ ثَابَ[١] من وَطْءِ رَجُلٍ ، حُرِّمَ الطِّفْلُ على الرجلِ وأقارِبِه ، كما يُحَرِّمُ وَلَدُه من النَّسَبِ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ من الرجلِ كما هو من المرأةِ ، فيصيرُ الطفلُ وَلَدًا للرجلِ ، والرجلُ أباه ، وأولادُ الرجلِ إخوتَه ، سواءٌ كانوا من تِلْكَ المَرْأَةِ أو من غيرِها ، وإخْوةُ الرجلِ وأخواتُه أعمامُ الطِّفْلِ وعَمَّاتُه ، وآباؤُه وأُمَّهاتُه أجْدادُه وجَدَّاتُه . قال أحمدُ : لَبَنُ الفَحْلِ أن يكونَ للرَّجُلِ امْرأتانِ ، فتُرْضِعَ هذه صَبِيَّةً وهذه صَبِيًّا ، لا يُزَوَّجُ هذا من هذا . وسُئِلَ ابنُ عباسٍ عن رجلٍ له جارِيَتانِ ، أرْضَعَتْ إحداهُما جاريةً والأُخْرَى غُلامًا ، فقال : لا ، اللِّقاحُ واحدٌ[٢] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا تفسيرُ لَبَنِ

= ١ / ٤٧٤ . والنسائى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٨٢ ، ٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ . والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ما جاء فى الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ ، ٦٠٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٧٥ ، ٢٩٠ ، ٣٢٩ ، ٣٣٩ ، ٦ / ٤٤ ، ٥١ ، ٦٦ ، ٧٢ ، ١٠٢ ، ١٧٨ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ... ﴾ ، وباب : ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم ... ﴾ ، وباب : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفى : باب المراضع من المواليات ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٧ / ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم الربيبة وأخت المرأة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٧٢ ، ١٠٧٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح ١ / ٤٧٤ . وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩١ ، ٤٢٨ .

(١) ثاب : رجع .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٩ ، ٩٠ . =

الفَحْلِ . وممَّن قال بتَحْرِيمه عليٌّ ، وابنُ عباسٍ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهدٌ ، والحسنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والقاسمُ ، وعروةُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزاعيُّ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وإليه ذَهَبَ فقهاءُ الأمصارِ بالحِجازِ والعراقِ والشامِ ، وجماعةُ أهْلِ الحديثِ . ورَخَّصَ فى لبنِ الفَحْلِ سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمةَ بن عبدِ الرحمنِ ، وسليمانُ بن يَسَارٍ ، وعَطاءُ ابن يَسارٍ[3] ، والنَّخَعِيُّ ، وأبو قِلَابَةَ . ويُرْوَى[4] ذلك عن ابنِ الزُّبَيْرِ ، وجماعةٍ من أصحابِ رسولِ الله ﷺ غيرِ مُسَمَّينَ ؛ لأنَّ الرَّضاعَ من المرأةِ لا من الرَّجُلِ . ويُرْوَى عن زَيْنَبَ بنت أبى سَلَمةَ ، أنَّها أرْضَعَتْها أسماءُ بنتُ أبى بكرٍ ، امرأةُ الزُّبَيْرِ ، قالت : وكان الزبيرُ يَدْخُلُ عَلَىَّ وأنا أمْتَشِطُ ، فيأخذُ بقَرْنٍ من قُرُونِ رأسِى ، فيقول : أقْبِلِى علىَّ فحَدِّثِينِى . أراه والدًا ، وما وَلَدَ فهم إخْوَتِى ، ثم إنَّ عبدَ الله بن الزُّبيرِ أرْسَلَ إلىَّ يَخْطُبُ أُمَّ كُلْثُومٍ ابْنَتِى ، على حَمْزةَ بن الزُّبَيْرِ ، وكان حَمْزةُ للكَلْبِيَّةِ ، فقلتُ لرَسُولِه : وهل تَحِلُّ له ، وإنَّما هى ابنةُ أُخْتِه[5] ؟ فقال عبدُ الله : إنَّما أرَدْتِ بهذا المَنْعَ لما قِبَلَكِ ، أمَّا ما وَلَدَتْ أسماءُ فهم إخْوَتُكِ ، وما كان من غيرِ أسْماءَ فليسوا لكِ بإخوةٍ ، فأرْسِلِى فسَلِى عن هذا ، فأرْسَلَتْ فسألتْ[6] ، وأصحابُ رسولِ الله ﷺ متوافِرُون ، فقالوا لها : إنَّ الرَّضاعةَ من قِبَلِ الرَّجُلِ لا تُحَرِّمُ شيئًا . فأنْكَحَتْها إيَّاهُ ، فلم تَزَلْ عندَه حتى هَلَكَ عنها[7] . ولَنا ، ما / رَوَتْ عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ أفْلَحَ أخا أبى القُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ

٥٦/٧و

= والبيهقى ، فى : باب يحرم من الرضاع ... ، من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٧ / ٤٥٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابنة الأخ من الرضاعة . السنن ١ / ٢٤٠ .

(٣) عطاء بن يسار المدنى الفقيه ، مولى ميمونة أم المؤمنين ، ثقة ، توفى سنة ثلاث ومائة . العبر ١ / ١٢٥ .

(٤) فى الأصل : « وروى » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « أخيه » .

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٣ .

علىَّ بعدَ ما أُنْزِلَ الحِجَابُ ، فقلتُ : واللهِ لَا آذَنُ له حتى أَسْتَأْذِنَ رسولَ الله ﷺ ، فإنَّ أخَا أبِى القُعَيْسِ ليس هو أرْضَعَنِى ، ولكنْ أرْضَعَتْنِى امرأةُ أبِى القُعَيْسِ ، فدَخَلَ علىَّ رسولُ الله ﷺ ، فقلتُ : يا رسولَ الله إن الرجلَ ليس هو أرْضَعَنِى ، ولكنْ أرْضَعَتْنِى امرأتُه . فقال : « ائْذَنِى لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمُّكِ ، تَرِبَتْ يَمِينُكِ » . قال عُرْوَةُ : فبذلك كانت عائشةُ تأخُذُ بقولِ : حَرِّمُوا[8] من الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ[9] من النَّسَبِ . مُتَّفَقٌ عليه[10] . وهذا نَصٌّ[11] قاطعٌ فى مَحَلِّ النِّزاعِ ، فلا يُعَوَّلُ على ما خالَفَه . فأمَّا حديثُ زَيْنَبَ ، فإن صَحَّ فهو حُجَّةٌ لنا ، فإنَّ الزُّبَيْرَ كان يَعْتَقِدُها[12] ابْنَتَه ، وتَعْتَقِدُه أباها ، والظَّاهِرُ أن هذا كان مشهورًا عندَهم ، وقولُه مع إقْرارِ أهلِ عَصْرِه[13] ، أَوْلَى من قولِ ابْنِه وقولِ قومٍ لا يُعْرَفُونَ .

١١٤٧ – مسألة ؛ قال : (والْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا[1] ، وبَيْنَها وبَيْنَ خالَتِهَا)

قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجمعَ أهلُ العلمِ على القولِ به[2] . وليس فيه بحمدِ الله اختلافٌ ، إلَّا أنَّ بعضَ[3] أهلِ البِدَعِ ممَّن لا تُعَدُّ مُخالَفَتُه خِلافًا ، وهم الرَّافِضَةُ والخَوارِجُ ، لم يُحَرِّمُوا ذلك ، ولم يقولوا بالسُّنَّةِ الثَّابتةِ عن رسولِ الله ﷺ ، وهى ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وعَمَّتِهَا ، ولَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وخَالَتِهَا » . مُتَّفَقٌ

---

(٨) فى م : « يحرم » .

(٩) فى صحيح مسلم : « تحرمون » .

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٣ .

(١١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٢) فى م : « يعتقد أنها » .

(١٣) فى الأصل : « العصر » .

(١) فى م : « وبين عمتها » .

(٢) فى ب : « فيه » .

(٣) سقط من : ب .

عليه[٤] . وفى روايةِ أبى داودَ : « لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا ، وَلَا الْعَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا ، وَلَا الْمَرْأَةُ عَلَى خَالَتِهَا ، وَلَا الْخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا ، لَا تُنْكَحُ الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى ، وَلَا الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى »[٤] . ولأنَّ العِلَّةَ فى تَحْرِيمِ الجمعِ بين الأُخْتَيْنِ إيقاعُ العَدَاوةِ بين الأقارِبِ ، وإفْضاؤُه إلى قَطِيعةِ الرَّحِمِ المُحَرَّمِ[٥] ، وهذا موجودٌ فيما ذكَرْنا . فإن احْتَجُّوا بعُمُومِ قولِه سبحانه : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٦] . خَصَّصْناه بما رَوَيْناه . وبَلَغَنا أنَّ رَجُلَيْنِ من الْخَوارِجِ أتَيَا عمرَ بن عبدِ العزيزِ ، فكان ممَّا أنْكَرَا عليه رَجْمَ الزَّانِيَيْنِ[٧] ، وتحريمَ الجَمْعِ بين المرأةِ وعَمَّتِها ، وبينها وبين خالَتِها ، وقالا : ليس هذا فى[٨] كتابِ اللهِ تعالى . فقال لهما : كَمْ فَرَضَ اللهُ عليكم من الصلاةِ ؟ قالا : خَمْسَ صَلَواتٍ فى اليومِ والليلةِ . وسَأَلَهما عن عددِ رَكعاتِها ، فأخْبَراه بذلك ، / وسأَلَهما عن مِقْدارِ الزَّكاةِ ونُصبِها ، فأخْبَراه . فقال : فأَيْنَ[٩] تَجِدانِ ذلك فى كتابِ اللهِ ؟ قالا : لا نَجِدُه فى كتابِ اللهِ . قال : فمِن أين صِرْتُما إلى ذلك ؟ قالا : فَعَلَه رسولُ اللهِ ﷺ والمسلمونَ بعدَه . قال : فكذلك هذا . ثم لا فَرْقَ بين الخالةِ والعَمَّةِ ، حقيقةً أو مجازًا ، كعَمَّاتِ آبائِها وخالاتِهم ، وعَمَّاتِ أُمَّهاتِها وخالاتِهِنَّ ، وإن عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، من نَسَبٍ كان ذلك أو من[١٠] رَضَاعٍ ، فكلُّ شَخْصَيْنِ لا يجوزُ لأحَدِهِما أن يتزَوَّجَ الآخرَ ، لو كان أحَدُهما ذكرًا والآخرُ أُنْثَى لأجْلِ القَرابةِ ، لا يجوزُ الجمعُ بينهما ، لتَأْدِيَةِ ذلك إلى قَطِيعةِ[١١] الرَّحِمِ القَرِيبةِ ، لما فى الطِّباعِ[١٢] من التَّنافُسِ والغَيْرةِ بين

٥٦/٧ ظ

---

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥١٣ .
(٥) سقط من : ا .
(٦) سورة النساء ٢٤ .
(٧) فى م : « الزانى » .
(٨) سقط من : م .
(٩) فى م : « فهل » .
(١٠) سقط من : ب .
(١١) فى الأصل ، ب : « قطع » .
(١٢) فى الأصل : « ذلك » .

الضَّرائرِ . ولا يجوزُ الجمعُ بين المرأةِ وأُمِّها في العَقْدِ ؛ لما ذكَرْناه ، ولأنَّ الأُمَّ إلى ابْنَتِها أقْرَبُ من الأُخْتَيْنِ ، فإذا لم يُجْمَعْ بين الأُخْتَيْنِ فالمرأةُ وبِنْتُها أوْلَى .

فصل : ولا يَحْرُمُ الجمعُ بين ابْنَتَي العَمِّ ، وابْنَتِي الخالِ ، في قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، لعَدَمِ النَّصِّ فيهما بالتَّحْرِيمِ ، ودُخُولِهما في عُمُومِ قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأن إحْدَاهما تَحِلُّ لها الأُخْرَى لو كانت ذَكَرًا ، وفي كَراهةِ ذلك روايتان ؛ إحداهما : يُكْرَه . رُوِيَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وبه قال جابرُ بن زيدٍ ، وعَطاءٌ ، والحسنُ ، وسعيدُ بن عبد العزيز . ورَوَى أبو حَفْصٍ ، بإسْنادِه عن عِيسَى بن طَلْحةَ ، قال : نَهَى رسولُ الله ﷺ أن تُزَوَّجَ المرأةُ على ذِي قَرابَتِها ، كَراهِيَةَ[١٣] القَطِيعةِ[١٤] . ولأنَّه مُفْضٍ إلى قطيعةِ الرَّحِمِ المأمورِ بصِلَتِها ، فأقَلُّ أحْوالِه الكَراهةُ . والأُخْرَى ، لا يُكْرَه . وهو قولُ سليمانَ بن يَسارٍ ، والشَّعْبِيِّ ، وحسنٍ[١٥] بن حَسَنٍ ، والأوْزاعيِّ ، والشافعيِّ ، وإسْحاقَ ، وأبي عُبَيْدٍ ؛ لأنَّه ليست بينهما قَرابةٌ تُحَرِّمُ الجمعَ ، فلا يَقْتَضِي كَرَاهَتَه ، كسائرِ الأقارِبِ .

١١٤٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا عَقَدَ عَلَى الْمَرْأَةِ ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَقَدْ حَرُمَتْ عَلَى ابْنِهِ وأَبِيهِ ، وحَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا ، والجَدُّ وإنْ عَلَا فِيمَا قُلْتُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ ، وابْنُ الابْنِ فِيهِ وَإِنْ سَفَلَ بِمَنْزِلَةِ الابْنِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا عقَدَ الرجلُ عَقْدَ النكاحِ عليها ، حَرُمَتْ على أبيه بمُجَرَّدِ العقدِ عليها ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُم ﴾[١] وهذه من حَلائلِ أبنائِه ، وتَحْرُمُ على أبِيه لقولِه سبحانه : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم ﴾[٢] وهذه قد نكَحَها أبوه ، وتَحْرُمُ أُمُّها عليه لقولِه سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾[١] وهذه مِنْهُنَّ . وليس في هذا

---

(١٣) في ب : « كراهة » .

(١٤) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٣ .

(١٥) في ا ، م : « وحسين » . وفي حاشية ب تعريف به لم نستطع قراءته جميعه ، وفيه أنه كان من أفاضل أهل المدينة وعقلائهم ، ومن مشاهير التابعين ، سمع أباه .

ولعله : الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب ، ثقة ، توفي سنة سبع وتسعين . تهذيب التهذيب ٢ / ٢٦٣ .

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

اختلافٌ بحمدِ الله ، إلَّا شيءٌ ذكَرْناه فيما تقدَّم . والجَدُّ كالأَبِ فى هذا ، وابنُ الابنِ كالابْنِ / فيه ؛ لأنَّهم يَدْخُلونَ فى اسمِ الآباءِ والأبناءِ ، وسواءٌ فى هذا القَرِيبُ والبَعِيدُ ، والوارثُ وغيرُه ، من قِبَلِ الأبِ أو الأمِّ[٣] ، ومن وَلَدِ البَنِينَ أو وَلَدِ البَناتِ . وقد تقدَّم ذلك .

٥٧/٧و

١١٤٩ – مسألة؛ قال: (وكُلُّ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ مِنَ النَّسَبِ والرَّضَاعِ، فَبَنَاتُهُنَّ فِى التَّحْرِيمِ كَهُنَّ ، إلَّا بَنَاتِ الْعَمَّاتِ والْخَالَاتِ ، وبَنَاتِ مَنْ نَكَحْنَ الآبَاءَ والأبْنَاءَ ، فَإِنَّهُنَّ مُحَلَّلَاتٌ ، وكَذٰلِكَ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ الَّتِى لَمْ يَدْخُلْ بِهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ كلَّ مُحَرَّمةٍ تَحْرُمُ ابْنَتُها ، لتناوُلِ التَّحْرِيمِ لها ، فالأُمَّهاتُ تَحْرُمُ بَنَاتُهنَّ ؛ لأنَّهنَّ أخواتٌ أو عَمَّاتٌ أو خالاتٌ ، والبناتُ تَحْرُمُ بَنَاتُهنَّ ؛ لأنَّهنَّ بَنَاتٌ ، ويَحْرُمُ بناتُ الأخَواتِ وبَناتُهنَّ ؛ لأنَّهنَّ بَناتُ الأُخْتِ ، وكذلك بَناتُ بناتِ الأخِ ، إلَّا بَناتِ العَمَّاتِ والخالاتِ ، فلا يُحَرَّمْنَ بالإجْماعِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وبَنَاتِ عَمِّكَ وبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وبَنَاتِ خَالِكَ وبَنَاتِ خَالَاتِكَ ﴾[١] . فأحَلَّهُنَّ اللهُ لنبيِّه عليه السلام ، ولأنَّهنَّ لم يُذْكَرْنَ فى التَّحْرِيمِ ، فيَدْخُلْنَ فى قولِ الله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[٢] وكذلك لا يَحْرُمُ بناتُ[٣] زَوْجاتِ الآباءِ والأبناءِ ؛ [٤]لأنَّهنَّ حُرِّمْنَ لكَوْنِهِنَّ حَلائلَ الآباءِ والأبناءِ[٤] ، ولم يُوجَدْ ذلك فى بَناتِهِنَّ ، ولا وُجِدَتْ فيهنَّ عِلَّةٌ أُخرى تَقْتَضِى تحرِيمَهنَّ ، فدَخَلْنَ فى قولِه سبحانه : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . وكذلك بَناتُ

---

(٣) فى م : « والأم » .

(١) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٢) سورة النساء ٢٤ .

(٣) فى الأصل زيادة : « الزوجة التى لم يدخل بها إلا » .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

الزَّوْجةِ التى لم يَدْخلْ بها[5] مُحَلَّلاتٌ ؛ لقوله سبحانه : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُم ﴾[6] . وهُنَّ الرَّبائِبُ ، وليس هؤلاء مِمَّنْ حُرِّمَتْ أُمُّهُنَّ ، وإنَّما ذكَرها لأنَّها مُحَلَّلةٌ ، فيَشْتَبِه حُكْمُها . فإن قيل : فلِمَ حُرِّمَتْ ابْنَةُ الرَّبِيبةِ ، ولم تُحَرَّمْ ابنةُ حَلِيلةِ الابْنِ ؟ قُلْنا : لأنَّ ابْنَةَ الربيبةِ رَبِيبةٌ ، وابنةَ الحليلةِ ليست حَلِيلةً ، ولأنَّ عِلَّةَ تَحْرِيمِ الرَّبيبةِ أنَّه يَشُقُّ التَّحَرُّزُ من النَّظَرِ إليها ، والخَلْوةِ بها ، بكَوْنِها فى حِجْرِه فى بَيْتِه ، وهذا المعنى يُوجَدُ فى بِنْتِها وإن سَفَلَتْ ، والحَلِيلةُ حُرِّمَتْ بِنكاحِ الأبِ والابْنِ لها ، ولا يُوجَدُ ذلك فى ابْنَتِها .

١١٥٠ – مسألة ؛ قال : (وَوَطْءُ الْحَرَامِ مُحَرِّمٌ كَمَا يُحَرِّمُ وَطْءُ الْحَلَالِ والشُّبْهَةِ)

يعنى أنَّه يَثْبُتُ به تَحْريمُ المُصاهَرةِ ، فإذا زَنَى بامْرأةٍ حُرِّمَتْ على أبِيه وابْنِه ، وحُرِّمَتْ عليه أُمُّها وابنَتُها ، كما لو وَطِئَها بشُبْهةٍ أو حَلالًا . ولو وَطِئَ أُمَّ امْرأتِه أو بِنْتَها ، حُرِّمَتْ عليه امْرأتُه . نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى روايةِ جماعةٍ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عِمْرانَ ابن حُصَيْنٍ . وبه قال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، / أنَّ الوَطْءَ الحَرامَ لا يُحَرِّمُ[1] . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، ويَحْيَى بن يَعْمَرَ ، وعُرْوةُ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يُحَرِّمُ الحَرَامُ الْحَلَالَ »[2] . ولأنَّه وَطْءٌ لا تَصِيرُ به المَوْطُوءةُ فِرَاشًا ، فلا يُحَرِّمُ ، كوَطْءِ

٥٧/٧ ظ

(٥) سقط من : م .

(٦) سورة النساء ٢٣ .

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يفجر بالمرأة ... ، من كتاب الطلاق . السنن ١ /٣٩٣ . والبيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا يحرم الحرام ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٩ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٦٨ . والبيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ ، ١٦٩ .

الصَّغِيرةِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾[3] . والوَطْءُ يُسَمَّى نِكاحًا . قال الشاعرُ :

إذا زَنَيْتَ فأجِدْ نكاحًا

فيدْخُلُ[4] فى عُمُومِ الآيةِ ، وفى الآية قَرِينةٌ تَصْرِفُه إلى الوَطْءِ ، وهو قولُه سبحانه وتعالى : ﴿ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ . وهذا التَّغْلِيظُ إنَّما يكونُ فى الوَطْءِ . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَنْظُرُ اللهُ إلَى رَجُلٍ نَظَرَ إلَى فَرْجِ امْرَأةٍ وابْنَتِها »[5] . ورَوَى الجُوزَجانِىُّ ، بإسْنادِه عن وَهْبِ بن مُنَبِّهٍ ، قال : « مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ إلَى فَرْجِ امْرَأةٍ وابْنَتِهَا »[6] . فذَكَرْتُه لسعيدِ بن المُسَيَّبِ فأعْجَبَه . ولأنَّ ما تَعَلَّقَ من التَّحريمِ بالوَطْءِ المُباحِ ، تَعلَّقَ بالمَحْظُورِ ، كوَطْءِ الحائِضِ ، ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ يُفْسِدُه الوَطْءُ بالشُّبهةِ ، فأفْسَدَه الوطءُ الحَرامُ كالإِحْرامِ ، وحَدِيثُهم لا نَعْرِفُ صِحَّتَه ، وإنَّما هو من كلامِ ابنِ أَشْوَعَ[7] بعضِ قُضاةِ العِراقِ . كذلكَ قال الإمامُ أحمدُ . وقيل : إنَّه من قولِ ابنِ عباسٍ . ووَطْءُ الصغيرةِ مَمْنوعٌ ، ثم يَبْطُلُ بوَطْءِ الشُّبْهةِ .

فصل : والوَطْءُ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ مُباحٌ ، وهو الوَطْءُ فى نِكاحٍ صحيحٍ أو مِلْكِ يمِينٍ ، فيتعلَّقُ به تحريمُ المُصاهَرةِ بالإجْماعِ ، ويصيرُ[8] مَحْرَمًا لمن حُرِّمَتْ عليه ؛

---

(3) سورة النساء 22 .

(4) فى م : « فحمل » .

(5) أخرجه الدارقطنى موقوفا ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى 3 / 269 .

(6) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يكون تحته الأمة المملوكة وابنتها فيريد أن يطأ أمها ، من كتاب النكاح . المصنف 4 / 168 .

(7) فى م : « أسوع » . وفى حاشية ب : « قال ابن الأثير فى جامع الأصول : اسمه سعيد بن عمر بن أشوع ، بفتح الهمزة وسكون الشين وفتح الواو وبالعين المهملة ، الهمدانى الكوفى ، قاضى الكوفة . سمع الشعبى ، وروى عنه الثورى ، ويحيى بن ... وزكريا بن أبى زائدة . قال يحيى بعد شرح الحديث . يعرفه الناس . مات ... خالد بن عبد الله » .

وتتمة الكلام أنه توفى فى ولاية خالد بن عبد الله ، وأرخه ابن قانع سنة عشرين ومائة . انظر : تهذيب التهذيب 4 / 67 .

(8) فى م : « ويعتبر » .

لأنَّها حُرِّمَتْ عليه على التأبِيدِ ، بسَبَبٍ مُباحٍ ، أشْبَه النَّسَبَ . الثانى ، الوَطْءُ بالشُّبْهةِ ، وهو الوَطْءُ فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، أو شِرَاءٍ فاسِدٍ ، أو وَطْءُ امْرأةٍ ظَنَّها[9] امْرَأتَه أو أمَتَه ، أو وَطْءُ الأمَةِ المُشْتَرَكةِ بينَه وبين غيرِه ، وأشْباهُ هذا ، فهذا يتعلَّقُ به التَّحْرِيمُ كتَعَلُّقِه[10] بالوَطْءِ المُباحِ إجماعًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من عُلَماءِ الأمْصارِ ، على أنَّ الرجلَ إذا وَطِئَ امرأةً[11] بنِكاحٍ فاسِدٍ ، أو شِراءٍ[12] فاسِدٍ ، أنَّها تُحَرَّمُ على أبِيه وابْنِه وأجْدادِه ووَلَدِ ولدِه . وهذا مذهبُ مالكٍ ، والأوْزاعىِّ ، والثَّورِىِّ ، والشافعىِّ ، وأحمدَ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ولأنَّه وَطْءٌ يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فأثْبَتَ التَّحْرِيمَ ، كالوَطْءِ المُباحِ . ولا يَصِيرُ به[13] الرجلُ مَحْرَمًا لمن حُرِّمَتْ عليه ، ولا يُباحُ له به النَّظَرُ إليها ؛ لأنَّ الوَطْءَ ليس بمُباحٍ ، ولأنَّ المَحْرَمِيَّةَ / تتعلَّقُ بكَمالِ حُرْمةِ الوَطْءِ ، لأنَّها إباحةٌ ، ولأنَّ المَوْطُوءَةَ[14] لم يَسْتَبِحِ النَّظَرَ إليها فلأن لا يَسْتَبِيحَ النَّظَرَ إلى غيرِها به[13] أوْلَى . الثالث ، الحَرامُ المَحْضُ ، وهو الزِّنَى ، فيَثْبُتُ به التَّحْرِيمُ ، على الخِلافِ المذكورِ ، ولا[15] تثبتُ به المَحْرَمِيَّةُ ، ولا إباحةُ النَّظرِ ؛ لأنَّه إذا لم يَثْبُتْ بوَطْءِ الشُّبْهةِ ، فبالحرامِ[16] المَحْضِ أوْلَى ، ولا يَثْبُتُ به نَسَبٌ ، ولا يَجِبُ به المَهْرُ إذا طاوَعَتْه فيه .

٥٨/٧و

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا[17] بين الزِّنَى فى القُبُلِ والدُّبُرِ ؛ لأنَّه يتعلَّقُ [18]به التَّحْرِيمُ[18] فيما إذا وُجِدَ فى الزَّوْجةِ والأمَةِ ، فكذلك فى الزِّنَى . فإن تَلَوَّطَ بغُلامٍ ، فقال

---

(٩) فى الأصل ، ب : « بظنها » .
(١٠) فى الأصل : « كتعليقه » .
(١١) فى الأصل : « امرأته » .
(١٢) فى م : « بشراء » .
(١٣) سقط من : ب ، م .
(١٤) فى ا ، ب ، م : « الموطوء » .
(١٥) فى ب : « ولأنه » .
(١٦) فى م : « فالحرام » .
(١٧) فى الأصل : « ذكرناه » .
(١٨-١٨) فى م : « بالتحريم » .

بعضُ أصْحابِنا : يتعلَّقُ به التَّحْرِيمُ أيضا ، فيَحْرُم على اللَّائِطِ أُمُّ الغُلامِ وابْنَته ، وعلى الغُلامِ أُمُّ اللَّائطِ وابْنَته . قال : ونَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الأوْزاعِىِّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى الفَرْجِ ، فنَشَرَ الحُرْمَةَ ، كوَطْءِ المرأةِ ، ولأنَّها بِنْتُ مَن وَطِئَه وأُمُّه ، فحَرُمتا عليه ، كما لو كانت المَوْطُوءةُ أُنْثى . وقال أبو الخَطَّابِ : يكونُ ذلك كالمُباشَرَةِ دُونَ الفَرْجِ ، يكونُ فيه رِوَايتان . والصحيحُ أن هذا لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ، فإنَّ هؤلاء غيرُ مَنْصُوصٍ عليهِنَّ فى التَّحْرِيمِ ، فيَدْخُلْنَ فى عُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[19] . ولأنَّهنَّ غيرُ مَنْصوصٍ عليهِنَّ ، ولا فى معنى المَنْصُوصِ عليه ، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ فيهِنَّ ، فإنَّ المْنصوصَ عليهنَّ فى هذا حَلائِلُ الأبْناءِ ، ومَنْ نَكَحَهُنَّ الآباءُ وأُمهاتُ النساءِ وبناتُهنَّ ، وليس هؤلاءِ منهنَّ ، ولا فى مَعْناهنَّ ؛ لأنَّ الوَطْءَ فى المرأةِ[20] يكونُ سَبَبًا للبَعْضِيَّةِ[21] ، ويُوجِبُ المَهْرَ ، ويَلْحَقُ به النَّسَبُ ، وتَصِيرُ به المرأةُ فِراشًا ، ويُثْبِتُ أحكامًا لا يُثْبِتُها اللِّوَاطُ ، فلا يجوزُ إلْحاقُه بهنَّ ؛ لعَدَمِ العِلَّةِ ، وانْقطاعِ الشَّبَهِ ، ولذلك لو أرْضَعَ الرجلُ طِفْلًا ، لم يَثْبُتْ به حكمُ التَّحْرِيمِ ، فهٰهُنا أوْلَى . وإن قُدِّرَ بينهما شَبَهٌ من وَجْهٍ ضَعِيفٍ ، فلا يجوزُ تخْصِيصُ عُمومِ الكتابِ به ، واطِّراحُ النَّصِّ بمِثْلِه .

فصل : ويَحْرُمُ على الرَّجُلِ نِكاحُ بِنْتِه من الزِّنَى ، وأُخْتِه ، وبِنْتِ ابْنِه ، وبنتِ بِنْتِه ، وبنتِ أخِيه ، وأُخْتِه من الزِّنَى . وهو قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ فى المشهور من مَذْهَبِه : يجوزُ ذلك كلُّه ؛ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ منه ولا تَنْتَسِبُ[22] إليه شَرْعًا ، ولا يَجْرِى التَّوارُثُ بينهما ، ولا تَعْتِقُ عليه إذا مَلَكَها ، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُها ، فلم تَحْرُمْ عليه ، / كسائرِ الأجانبِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾[23] . وهذه

٥٨/٧ ظ

(١٩) سورة النساء ٢٤ .

(٢٠) فى الأصل : « امرأة » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « للبضعية » .

(٢٢) فى ب ، م : « تنسب » .

(٢٣) سورة النساء ٢٣ .

بِنْته ، فإنَّها أُنْثى مَخْلُوقةٌ من مائِه ، وهذه[٢٤] حقيقةٌ لا تَخْتَلِفُ بالحِلِّ والحُرْمةِ ، ويَدُلُّ[٢٥] على ذلك قولُ النَّبِىِّ ﷺ ، فى امرأةِ هِلَالِ بن أُمَيَّةَ : « آنْظُرُوهُ » . يعنى وَلَدَها « فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كذا فهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ » . يعنى الزَّانِىَ[٢٦] . ولأنَّها مخلوقةٌ من مائِه[٢٧] ، فأشْبهتِ المخلوقةَ من وَطْءِ الشُّبْهَةِ[٢٨] ، ولأنَّها بِضْعةٌ منه ، فلم تَحِلَّ له ، كبِنْتِه من النِّكاحِ ، وتَخَلُّفُ بعضِ الأحْكامِ لا يَنْفِى كَوْنَها بِنْتًا ، كما لو تَخَلَّفَ لِرِقٍّ أو اخْتلافِ دِينٍ . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين عِلْمِه بكَوْنِها منه ، مثل أن يَطَأَ امرأةً فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه غيرُه ، ثم يَحْفَظَها حتى تَضَعَ ، أو مثل أن يَشْتَرِكَ جماعةٌ فى وَطْءِ امرأةٍ ، فتأتِىَ بوَلَدٍ لا يُعْلَمُ هل هو منه أو من غيرِه ؟ فإنَّها تَحْرُمُ على جميعِهم لوَجْهَينِ ؛ أحدهما ، أنَّها بِنْتُ مَوْطُوءَتِهم . والثانى ، أنَّنا نَعْلَمُ أنَّها بنتُ بعضِهم ، فتَحْرُمُ على الجميعِ ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيَّانِ ، ولم يُعْلَمِ السَّابقُ منهما ، وتَحْرُمُ على أولادِهم ؛ لأنَّها أختُ بعضِهم غيرَ معلومٍ ، فإن أَلْحَقَتْها القافةُ بأحَدِهم ، حَلَّتْ لأَوْلادِ الباقِين ، ولم تَحِلَّ لأحدٍ ممَّن وَطِئَ أُمَّها ؛ لأنَّها فى معنى رَبِيبَتِه .

فصل : وَوَطْءُ المَيِّتَةِ يَحْتَمِلُ وَجْهينِ ؛ أحدهما ، يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ؛ لأنَّه مَعْنًى يَنْشُرُ الحُرْمَةَ المُؤَبَّدةَ ، فلم يَخْتَص بالحياةِ كالرَّضاعِ . والثانى ، لا ينشرُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّه ليس بسَبَبٍ للبَعْضِيَّةِ[٢٩] ، ولأنَّ التَّحْرِيمَ يَتعلَّقُ باسْتِيفاءِ مَنْفَعةِ الوَطْءِ ، والموتُ يُبْطِلُ المنافِعَ . وأمَّا الرَّضاعُ ، فيُحَرِّمُ ؛ لما يَحْصُلُ به من إنْباتِ اللَّحْمِ وإنْشازِ العَظْمِ ، وهذا يَحْصُلُ من لَبَنِ المَيِّتَةِ . وفى وَطْءِ الصَّغِيرةِ أيضًا وَجْهان ؛ أحدهما ، يَنْشُرُها . وهو قولُ أبى يوسفَ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لآدَمِيَّةٍ حَيَّةٍ فى القُبُلِ ، أشْبهَ وَطْءَ الكبيرةِ . والثانى ، لا ينشرُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه ليس بسَبَبٍ للبَعْضِيَّةِ[٢٩] أشْبهَ وَطْءَ المَيِّتَةِ .

---

(٢٤) فى ا ، م : « هذه » .

(٢٥) فى ب : « وقد يدل » .

(٢٦) انظر تخريجه فى : ٨ / ٣٧٣ .

(٢٧) بعد هذا فى م زيادة : « وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة » . وتقدم مثلها .

(٢٨) فى م : « بشبهة » .

(٢٩) فى م : « للبضعية » .

فصل : فأمَّا المُباشَرةُ فيما دُونَ الفَرْج ، فإن كانتْ لغيرِ شَهْوةٍ ، لم تَنْشرِ الحُرْمةَ . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وإن كانت لشهوةٍ ، وكانت فى أجْنَبِيَّةٍ ، لم تَنْشر الحُرْمةَ أيضا . قال الجُوزَجانِيُّ : سألتُ أحمدَ عن رَجُلٍ نَظَرَ إلى أُمِّ امْرَأتِه فى[30] شهوةٍ ، أو قَبَّلَها ، أو باشَرَها . فقال : أنا أقولُ لا يُحَرِّمُه شىءٌ من ذلك إلَّا الجماعُ . وكذلك نَقَلَ أحمدُ بن القاسمِ ، وإسحاقُ بن منصورٍ . وإن كانت المُباشَرةُ لِامْرأةٍ مُحَلَّلةٍ له ، كامْرأتِه ، أو مَمْلوكَتِه[31] ، لم تُحَرَّمْ عليه ابْنَتُها . قال ابنُ عباسٍ : لا يُحَرِّمُ / الرَّبِيبةَ إلَّا جِماعُ أُمِّها[32] . وبه قال طاوُسٌ ، وعمرُو بن دِينارٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[33] . وهذا ليس بدُخولٍ فلا يجوزُ تَرْكُ النَّصِّ الصريحِ من أجْلِه . وأمَّا تحريمُ أُمِّها ، وتَحْريمُها على أبى المُباشِرِ لها وابْنِه ؛ فإنَّها فى النِّكاحِ تَحَرَّمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ قبلَ المُباشَرةِ ، فلا يَظْهَرُ للمُباشَرةِ أثَرٌ . وأمَّا الأمَةُ ، فمتى باشَرَها دُونَ الفَرْجِ لشَهْوةٍ ، فهل يَثْبُتُ تحريمُ المُصاهَرةِ ؟ فيه رِوَايَتان ؛ إحداهما ، يَنْشُرُها . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وعبدِ اللهِ بن عَمْرٍو ، ومَسْرُوقٍ . وبه قال القاسمُ[34] بن محمد[34] ، والحسنُ ، ومكحولٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو حَنِيفةَ ، وعلىُّ بن المَدِينىِّ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه نَوْعُ اسْتِمْتاعٍ ، فتَعَلَّقَ به تَحْريمُ المُصاهَرةِ ، كالوَطْءِ فى الفَرْجِ ، [35]ولأنَّه تَلَذُّذٌ بمُباشَرةٍ[35] ، فَيتعلَّقُ[36] به التحريمُ كالوَطْءِ[37] . والثانية ، لا يَثْبُتُ به التَّحْريمُ ؛ لأنَّها مُلَامَسةٌ لا تُوجِبُ الغُسْلَ ، فلم

٥٩/٧ و

---

(٣٠) فى الأصل : « من » .

(٣١) فى الأصل : « امرأة مملوكة » .

(٣٢) أخرج نحوه سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فتموت ... السنن ١ / ٢٣٤ .

(٣٣) سورة النساء ٢٣ .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٣٥-٣٥) فى ب : « لا بمباشرة » .

(٣٦) فى م : « يتعلق » .

(٣٧) فى م : « كالو وطئ » .

يَثْبُتْ بها التَّحْرِيمُ ، كما لو لم يَكُنْ (٣٨ لِشَهْوَةٍ ، ولأنَّ ٣٨) ثُبوتَ التَّحْرِيمِ إمَّا أن يكونَ بنَصٍّ ، أو قياسٍ على المَنْصُوصِ ، ولا نَصَّ في هذا ، ولا هو في معنَى المَنْصوصِ عليه ، ولا المُجْمَعِ عليه ، فإنَّ الوَطْءَ يتعلَّقُ به من الأحْكامِ اسْتِقْرارُ المَهْرِ ، والإحْصانُ ، والاغْتِسالُ ، والعِدَّةُ ، وإفْسادُ الإحْرامِ ، والصِّيامُ ، بخِلافِ اللَّمْسِ . وذكر أصحابُنا الرِّوايتَيْن في جميعِ الصُّوَرِ من غيرِ تَفْصِيلٍ ، وهذا الذى ذكرْناه أقْرَبُ إلى الصَّوابِ ، إن شاء اللهُ سبحانه .

فصل : ومَنْ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرأةٍ بشَهْوةٍ[٣٩] ، فهو كَلَمْسِها لشَهْوةٍ ، فيه أيضا رِوايتان ؛ إحداهما ، يَنْشُرُ الحُرْمةَ في المَوْضِعِ الذى يَنْشُرُها اللَّمْسُ . رُوِىَ عن عمرَ ، وابنِ عمرَ ، وعامرِ بن رَبيعةَ ، وكان بَدْرِيًّا[٤٠] ، وعبدِ الله بن عمرٍو ، في مَن يَشْتَرِى الخادِمَ ، ثم يُجَرِّدُها أو يُقَبِّلُها ، لا يَحِلُّ لابْنِه وَطْؤُها . وهو قولُ القاسمِ ، والحسنِ ، ومجاهدٍ ، ومَكْحُولٍ ، وحَمَّادِ بن أبى سليمانَ ، وأبى حنيفةَ ؛ لما رَوَى عبدُ الله بن مسعودٍ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ نَظَرَ إلى[٤١] فَرْجِ امْرأةٍ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّها وبِنْتُها »[٤٢] . وفى لفظ : « لَا يَنْظُرُ اللهُ إلَى رَجُلٍ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرأةٍ وابْنَتِها »[٤٣] . والثانية ، لا يتعلَّقُ به التَّحريمُ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأنَّه نَظَرٌ من غيرِ مُباشَرةٍ ، فلم يُوجِبِ التَّحْرِيمَ ، كالنَّظرِ إلى الوَجْهِ ، والخبرُ ضعيفٌ . قالَه الدَّارَقُطْنِىُّ . وقيل : هو موقوفٌ على ابنِ

(٣٨-٣٨) في م : « بشهوة لأن » .

(٣٩) في ا ، ب : « لشهوة » .

(٤٠) في م : « بدويا » تحريف . وتقدم في : ١ / ٢٥٥ .

(٤١) سقط من : ب .

(٤٢) في م : « وابنتها » .

وأخرجه ابن أبى شيبة ، في : باب الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٦٥ . وانظر : البيهقى ، في : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٠ .

(٤٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٢٧ .

٥٩/٧ ظ

مسعودٍ . ثم يَحْتَمِلُ أَنَّه كَنَى بذلك عن الوَطْءِ . وأَمَّا / النظرُ إلى سائرِ البَدَنِ فلا يَنْشُرُ حُرْمةً . وقال بعضُ أصحابِنا : لا فَرْقَ بين النَّظَرِ إلى الفَرْجِ وسائرِ البَدَنِ لشَهْوةٍ . والصحيحُ ، خِلافُ هذا ؛ فإنَّ غيرَ الفَرْجِ لا يُقاسُ عليه ، لما بينهما من الفَرْقِ ، ولا خِلافَ نَعْلَمُه فى أنَّ النَّظرَ إلى الوَجْهِ لا يُثْبِتُ الحُرْمةَ ، فكذلك غيرُه ، ولا خِلافَ أيضا فى أنَّ النَّظرَ إذا وَقَعَ من غيرِ شَهْوةٍ لا ينشرُ حُرْمةً ؛ لأنَّ اللَّمْسَ الذى هو أَبْلَغُ منه[٤٤] لا يُؤَثِّرُ إذا كان لغيرِ شَهْوةٍ ، فالنَّظَرُ أَوْلَى . ومَوْضِعُ الخِلافِ فى اللَّمْسِ والنَّظرِ فى من بَلَغتْ سِنًّا يُمْكِنُ الاستِمْتاعُ منها ، كابنةِ تِسْعٍ فما زاد ، فأَمَّا الطِّفْلةُ فلا يَثْبُتُ فيها ذلك . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى بنتِ سَبْعٍ : إذا قَبَّلَها حَرُمتْ عليه أُمُّها . قال القاضى : هذا عندى مَحْمولٌ على السِّنِّ الذى تُوجَدُ معه الشَّهْوةُ .

فصل : فإن نَظَرَتِ المرأةُ إلى فَرْجِ رَجُلٍ[٤٥] لشَهْوةٍ ، فحكمُه فى التَّحْريمِ حكمُ نَظَرِه إليها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه مَعْنًى يُوجِبُ التَّحْريمَ ، فاسْتَوَى فيه الرجلُ والمرأةُ كالجِماعِ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ حكمُ لَمْسِها له ، وقُبْلَتِها إيَّاه لشَهْوةٍ ؛ لما ذكرْنا .

فصل : فأمَّا الخَلْوةُ بالمرأةِ ، فالصَّحيحُ أنَّها لا تَنْشُرُ حُرْمةً . وقد رُوِىَ عن أحمدَ : إذا خَلا بالمرأةِ ، وَجَبَ الصَّداقُ والعِدَّةُ ، ولا يَحِلُّ له أن يتزوَّجَ أُمَّها وابْنَتَها . قال القاضى : هذا محمولٌ على أنَّه حَصَلَ مع الخَلْوةِ مُباشرةٌ ، فيُخَرَّجُ كلامُه على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذكرناهما ، فأمَّا مع خُلُوِّه من ذلك ، فلا يُؤَثِّرُ فى تَحْريمِ الرَّبيبةِ ؛ لما فى ذلك من مُخالفةِ قولِه سبحانه : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وقوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . وأمَّا الخَلْوةُ بأجْنَبِيَّةٍ ، أو أَمَتِه ، فلا تَنْشُرُ تَحْريمًا . لا نعلمُ فى ذلك خِلافًا . وكلُّ مَن حُرِّمَ نكاحُها حُرِّمَ وَطْؤُها بمِلْكِ اليمينِ ؛ لأنَّه إذا حُرِّمَ العَقْدُ المُرادُ للوَطْءِ ، فالوَطْءُ أَوْلَى .

---

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) فى ب : « لرجل » .

١١٥١ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ . وإن تَزَوَّجَهُما فِي عَقْدَيْنِ ، فَالْأُولَى زَوْجَتُهُ ، والْقَوْلُ** [١]**فِيهِمَا الْقَوْلُ** [١] **فِي الْمَرْأَةِ وعَمَّتِهَا ، والْمَرْأَةِ وخَالَتِهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّ الجمعَ بين المرأةِ وأُختِها ، أو عَمَّتِها ، أو خَالَتِها ، مُحَرَّمٌ . فمتَى [٢] جَمَعَ بينهما ، فعَقَدَ عليهما معًا ، لم يَصِحَّ العَقْدُ فى واحدةٍ منهما ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَصْحِيحُه فيهما ، ولا مَزِيَّةَ لإِحْداهما على الأُخْرَى ، فيَبْطُلُ فيهما ، كما لو زُوِّجَتِ المرأةُ لِرَجُلَيْنِ . وهكذا لو تزَوَّجَ خَمْسًا فى عَقْدٍ واحِدٍ ، بطَلَ فى الجميعِ لذلك . وإن تَزَوَّجَهُما فى عَقْدَينِ ، فنِكاحُ الأُولَى صَحِيحٌ ؛ لأنَّه لا جَمْعَ فيه ، / ونِكاحُ الثانيةِ باطِلٌ ؛ لأنَّ الجمعَ يَحْصُلُ به ، فبالعَقْدِ [٣] على الأُولَى تُحَرَّمُ الثانيةُ ، ولا يَصِحُّ عَقْدُه عليها حتى تَبِينَ الأُولَى منه ، ويَزُولَ نِكاحُها وعِدَّتُها .

٧/٦٠و

فصل : فإن تَزَوَّجَهُما فى عَقْدَيْنِ ، ولم يَدْرِ أُولَاهُما ، فعليه فُرْقَتُهما معا . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ تزَوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لا يَدْرِى أيَّتَهُما تزَوَّجَ أولا : نُفَرِّقُ بينه وبينهما . وذلك لأنَّ إحْداهُما مُحَرَّمةٌ عليه ، ونِكاحُها باطِلٌ ، ولا نَعْرِفُ المُحَلَّلَةَ له ، فقد اشْتَبَهَتا عليه ، ونِكاحُ إحداهما صحيحٌ [٤] ، ولا تَتَيَقَّن بَيْنُونَتُها منه إلَّا بطَلَاقِهِما جميعًا ، أو فَسْخِ نِكَاحِهِما ، فوَجَبَ ذلك ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيَّانِ ، ولم يُعْرَفِ الأَوَّلُ منهما . وإن أَحَبَّ أن يُفارِقَ إحداهما ، ثم يُجَدِّدَ عَقْدَ الأُخْرَى ويُمْسِكَها ، فلا بأسَ ، وسواءٌ فعَلَ ذلك بقُرْعَةٍ أو بغيرِ قرعةٍ ، ولا يَخْلُو من ثلاثةِ أقسامٍ ؛ أحدها ، أن لا يكونَ دَخَلَ بواحدةٍ منهما ، فله أن يَعْقِدَ على إحداهما فى الحالِ بعدَ فِرَاقِ الأُخْرَى . الثانى ، إذا دَخَلَ بإحداهما ، فإن أراد

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى ا ، ب ، م : « فمن » .

(٣) فى ب : « والعقد » .

(٤) فى م : « يصح » .

نِكاحَها ، فارَقَ التى لم يُصِبْها بطَلْقةٍ[٥] ، ثم تَرَكَ المُصابةَ حتى تَنْقَضِىَ[٦] عِدَّتُها ، ثم نَكَحَها ؛ لأنَّنا لا نَأْمَنُ أن تكونَ هى الثانيةَ ، فيكونَ قد أصابَها فى نِكاحٍ فاسدٍ ، فلهذا اعْتَبَرْنا انْقِضاءَ عِدَّتِها ، ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ له العَقْدُ عليها فى الحالِ ؛ لأنَّ النَّسَبَ لاحِقٌ به ، ولا يُصانُ ذلك عن مائِه . وإن أحَبَّ نِكاحَ الأُخْرَى ، فارَقَ المُصابةَ بطَلْقةٍ ، ثم انْتَظَرها حتى تَنْقَضِىَ[٦] عِدَّتُها ، ثم تَزَوَّجَ أُخْتَها . القسم الثالث ، إذا دَخَلَ بهما ، فليس له نِكاحُ واحدةٍ منهما حتى يُفارِقَ الأُخْرَى ، وتَنْقَضِىَ عِدَّتُها من حينِ فُرْقَتِها ، وتَنْقَضِى عِدَّةُ الأُخْرَى من حينَ أصابَها . وإن وَلَدَتْ منه إحداهما ، أو هما جميعًا ، فالنَّسَبُ لَاحِقٌ به ؛ لأنَّه إمَّا من نِكاحٍ صحيحٍ أو نكاحٍ فاسدٍ ، وكلاهما يَلْحَقُ النَّسَبُ فيه . وإن لم يُرِدْ نِكاحَ واحدةٍ منهما ، فارَقَهُما بطَلْقةٍ طَلْقةٍ .

فصل : فأمَّا المَهْرُ ، فإن لم يَدْخُلْ بواحِدَةٍ منهما ، فلإحْدَاهما نِصْفُ المَهْرِ ، ولا نَعْلَمُ مَنْ يَسْتَحِقُّه منهما ، فيَصْطَلِحانِ عليه ، فإن لم يَفْعَلَا ، أُقْرِعَ بينهما ، فكان لمن خَرَجَتْ قُرْعَتُها مع يَمِينِها . وقال أبو بكرٍ : اخْتِيارِى أن يَسْقُطَ المَهْرُ إذا كان مُجْبَرًا على الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ . وإن دَخَلَ بواحدةٍ منهما أُقْرِعَ بينهما ، فإن وَقَعَتْ لغيرِ المُصابةِ ، فلها نِصْفُ المَهْرِ ، ولِلْمُصابةِ مَهْرُ المِثْلِ بما اسْتَحَلَّ من فَرْجِها ، وإن وَقَعَتْ على المُصابةِ ، فلا شىءَ للأُخْرَى ، وللمصابةِ المُسَمَّى جَميعُه . وإن أصابَهُما معًا ، فلإحْداهما المُسَمَّى ، وللأُخْرَى / مَهْرُ المِثْلِ ، يُقْرَعُ بينهما فيه ، إن قُلْنا : إنَّ الواجِبَ فى النِّكاحِ الفاسدِ مَهْرُ المِثْلِ . وإن قُلْنا بوُجُوبِ المُسَمَّى فيه ، وَجَبَ ههُنا لكلِّ واحدةٍ[٧] منهما . ٦٠/٧ظ

فصل : قال أحمدُ : إذا تزَوَّجَ امرأةً ، ثم تزوَّجَ أُخْتَها ، ودَخَلَ بها ، اعْتَزَلَ زَوْجَتَه

---

(٥) فى الأصل ، ا : « فطلق » .

(٦) فى ا : « تقضى » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « واحد » .

حتى تَنْقَضِيَ عِدّةُ الثَّانيةِ . إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّه لو أرادَ العَقْدَ على أُخْتِها فى الحالِ ، لم يَجُزْ له حتى تَنْقَضِيَ عِدَّةُ المَوْطُوءةِ ، كذلك لا يجوزُ الوَطْءُ لامْرأتِه ، حتى تنقضيَ عِدّةُ أُخْتِها التى أصَابَها .

١١٥٢ – مسألة ؛ قال : (وإنْ تَزَوَّجَ أُخْتَهُ مِنَ الرَّضَاعِ وأَجْنَبِيَّةً فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ ، ثَبَتَ نِكَاحُ الأَجْنَبِيَّةِ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا عَقَدَ النِّكاحَ على أُخْتِه وأجْنَبِيَّةٍ مَعًا ، بأن يكونَ لرَجُلٍ أُختٌ وابنةُ عَمٍّ ، إحداهُما رَضِيعةُ المتزَوِّجِ ، فيقولَ له : زَوَّجْتُكَهُما معًا[1] . فيَقْبَلُ ذلك ؛ فالمنصوصُ هُنا صِحّةُ نِكاحِ الأَجْنَبِيَّةِ . ونَصَّ فى مَن تزَوَّجَ حُرّةً وأَمَةً ، على أنَّه يَثْبُتُ نِكاحُ الْحُرَّةِ ، ويُفارِقُ الأَمَةَ . وقيل : فيه رِوايتان ؛ إحداهما ، يَفْسُدُ فيهما ، وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ، واختيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّها لَفْظَةٌ واحدةٌ ، جَمَعَتْ حَلَالًا وحَرامًا ، فلم يَصِحَّ ، كما لو جَمَعَ بين أُخْتَيْنِ[2] . والثانية ، يَصِحُّ فى الحُرَّةِ . وهى أظْهَرُ الرِّوايتَيْنِ . وهذا قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّها مَحَلٌّ قابِلٌ للنِّكاحِ ، أُضِيفَ إليها عَقْدٌ صادِرٌ مِن[3] أهْلِه ، لم يجتمِعْ معها فيه مِثْلُها ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَتْ به ، وفارَقَ[4] العقدَ على الأُخْتَيْنِ ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لإحداهما على الأُخْرَى ، وهٰهُنا قد تَعَيَّنَت التى بَطَلَ النكاحُ فيها ، فعلَى هذا القولِ يكونُ لها من المُسَمَّى بِقِسْطِ مَهْرِ مِثْلِها منه . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّ لها نِصْفَ المُسَمَّى . وأصْلُ هٰذين الوَجْهَيْنِ ، إذا تزَوَّجَ امرأتَيْنِ ، يجوزُ له نِكاحُهُما بمَهْرٍ واحِدٍ ، هل يكون بينهما على قَدْرِ صَدَاقِهِما[5] ، أو نِصْفَيْنِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، يأتى ذِكْرُهما إن شاء الله تعالى .

---

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٢) فى ب : « الأختين » .
(٣) فى م : « عن » .
(٤) فى الأصل : « ويفارق » .
(٥) فى الأصل : « صداقيهما » .

فصل : ولو تزوَّجَ يَهُوديَّةً ومَجُوسِيَّةً ، أو مُحَلَّلةً ومُحَرَّمةً ، فى عقدٍ واحدٍ ، فَسَدَ فى الْمَجُوسِيَّةِ والمُحَرَّمةِ ، وفى الأُخْرَى وَجْهان . وإن نَكَحَ أرْبَعَ حَرَائِرَ وأَمَةً ، فَسَدَ فى الأَمَةِ ، وفى الحَرائرِ وَجْهان . وإن نَكَحَ العَبْدُ حُرَّتَيْنِ وأمةً ، بَطَلَ نِكاحُ الجميعِ . وإن تزوَّجَ امرأةً وابْنَتَها ، فَسَدَ فيهما[٦] ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما مُحَرَّمٌ ، فلم يَصِحَّ فيهما ، كالأُخْتَيْنِ .

١١٥٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى أُخْتَيْنِ / ، فَأَصَابَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ يُصِبِ الأُخْرَى حَتَّى تُحَرَّمَ الأُولَى بِبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أو هِبَةٍ ، وَمَا أَشْبَهَه ، وَيَعْلَمَ أَنَّها لَيْسَتْ بِحَامِلٍ ، فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُما ، حَتَّى تُحَرَّمَ عَلَيْهِ[١] الأُولَى[٢]) ٧/٦١و

الكلام فى هذه المسألة فى فُصولٍ سِتَّةٍ :

الفصل الأوَّل : أنَّه يجوزُ الجمعُ بين الأُخْتَيْنِ فى المِلْكِ . بغيرِ خِلافٍ بين أهلِ العلمِ . وكذلك بينها وبين عَمَّتِها وخالَتِها . ولو اشْتَرَى جاريةً ، فوَطِئَها ، حَلَّ له شِراءُ أخْتِها وعَمَّتِها وخالَتِها ؛ لأنَّ المِلْكَ يُقْصَدُ به التَّمَوُّلُ دُونَ الاسْتِمْتاعِ ، وكذلك حَلَّ له شِراءُ الْمَجُوسِيَّةِ ، والوَثَنِيَّةِ ، والمُعْتَدَّةِ ، والمُزَوَّجةِ ، والمُحَرَّماتِ عليه بالرَّضاعِ وبالمُصاهرةِ[٣] .

الفصل الثانى : أنَّه لا يجوزُ الجمعُ بين الأُخْتَيْنِ من إمائِه فى الوَطْءِ . نَصَّ عليه أحمدُ[٤] ، فى رِوايةِ الجماعةِ . وكَرِهَه عمرُ ، وعثمانُ ، وعلىٌّ ، وعَمّارٌ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ

---

(٦) سقط من : ب .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) فى الأصل : « الأخرى » .

(٣) فى ب ، م : « والمصاهرة » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

مسعودٍ . وممَّن قال بتَحْريمِه ؛ (٥عبيدُ الله بن٥) عبدِ الله بن عُتْبةَ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وطاوُسٌ ، ومالكٌ ، والأوْزاعيُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . ورُوِىَ عن ابن عباسٍ ، أنَّه قال : أحلَّتْهُما آيةٌ ، وحرَّمَتْهُما آيةٌ ، ولم أكُنْ لأفْعَلَه . ويُرْوَى ذلك[(٦)] عن علىٍّ أيضًا[(٧)] . يُرِيدُ بالمُحَرِّمةِ قولَه تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾[(٨)] . وبالْمُحَلِّلةِ قولَه تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾[(٩)] . وقد رَوَى ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، وسأله عن الجَمْعِ بين الأُختينِ المَمْلُوكَتَيْنِ ، أحَرامٌ هو ؟ قال : لا أقولُ حرامٌ ، ولكنْ نَنْهَى عنه . وظاهرُ هذا أنَّه مَكْرُوهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ . وقال داودُ ، وأهلُ الظاهرِ : لا يُحَرَّمُ . اسْتِدْلالًا بالآية المُحَلِّلةِ ؛ لأنَّ حُكْمَ الحرائرِ فى الوَطْءِ مُخالِفٌ لحُكْمِ الإمَاءِ ، ولهذا تَحْرُمُ الزيادةُ على أرْبَعٍ فى الحرائرِ ، وتُباحُ فى الإمَاءِ بغيرِ حَصْرٍ ، والمذهبُ تَحْرِيمُه ؛ للآيةِ المُحَرِّمَةِ ، فإنَّه يريدُ بها الوَطْءَ والعَقْدَ جميعًا ، بدليلِ أنَّ سائرَ المذْكوراتِ فى الآية يُحَرَّمُ وَطْؤُهُنَّ والعقدُ عليهنَّ ، وآيةُ الحِلِّ مَخْصُوصةٌ بالمُحَرَّماتِ جميعِهِنَّ ، وهذه مِنْهُنَّ ، ولأنَّها امرأةٌ صارت فِرَاشًا ، فحُرِّمَتْ أُخْتُها كالزَّوْجةِ .

الفصل الثالث : أنَّه إذا كان فى مِلْكِه أُختان ، فله وَطْءُ إحداهما ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال الحَكَمُ ، وحَمَّادٌ : لا يَقْرَبُ واحدةً منهما . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ . وذكَره أبو الخَطَّابِ مَذْهَبًا لأحْمدَ . ولَنا ، أنَّه ليس يَجْمَعُ بينهما فى الفِرَاشِ ، فلم يُحَرَّمْ ، كما لو كان فى مِلْكِه إحداهما فقط .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل ، ب .

وهو عبيد الله بن عبد الله بن عتبة الهذلى ، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، توفى سنة ثمان وتسعين . طبقات الفقهاء . للشيرازى ٦٠ ، العبر ١ / ١١٦ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) أثرا ابن عباس وعلى أخرجهما البيهقى ، فى : باب ما جاء فى تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل له أمتان أختان يطؤهما ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٩٦ ، ٣٩٧ .

(٨) سورة النساء ٢٣ .

(٩) سورة المؤمنون ٦ .

الفصل الرابع : أنَّه إذا وَطِئ إحداهما ، فليس له وَطْءُ الأُخرَى قبلَ تَحْرِيمِ المَوْطوءةِ على نَفْسِه ، بإخراجٍ عن مِلْكِه أو تزويجٍ . هذا قولُ عليٍّ ، وابنِ عمرَ ، / والحسنِ ، والأَوْزاعِيِّ ، وإسحاقَ ، والشافعيِّ . فإن رَهَنَها ، لم تَحِلَّ له أُختُها ؛ لأنَّ مَنْعَه من وَطْئِها لِحَقِّ المُرْتَهِنِ لا لِتَحْرِيمِها ، ولهذا يَحِلُّ له بإذْنِ المُرْتَهِنِ فى وَطْئِها ، ولأنَّه يَقْدِرُ على فكِّها متى شاء واسْتِرْجاعِها إليه . وقال قتادةُ : إن اسْتَبْرَأَها ، حَلَّتْ له أُخْتُها ؛ لأنَّه قد زالَ[10] فِراشُه ، ولهذا لو أَتَتْ بوَلَدٍ ، فنَفَاه بِدَعْوَى الاسْتِبْراءِ انْتَفَى ، فأَشْبَهَ مالو زَوَّجَها . ولَنا ، قولُ عليٍّ ، وابنِ عمرَ ، ولأنَّه لم يَزُلْ مِلْكُه عنها ، ولا حِلُّها له ، فأَشْبَهَ مالو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ فاسْتَبْرأَها من ذلك الوَطْءِ ، ولأنَّ ذلك لا يَمْنَعُه وَطْأَها ، فلا يَأْمَنُ عَوْدَه إليها ، فيكونُ ذلك ذَرِيعةً إلى الجَمْعِ بينهما . وإن حَرَّمَ إحداهما على نَفْسِه ، لم تُبَحِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ هذا لا يُحَرِّمُها ، إنَّما هو يَمِينٌ يُكَفِّرُ ، ولو كان يُحَرِّمُها إلَّا أنَّه لِعَارِضٍ[11] ، متى شاء أزَالَه بالكَفَّارةِ ، فهو كالحَيْضِ والنِّفَاسِ والإحْرامِ والصِّيامِ . وإن كاتَبَ إحداهما ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا تَحِلُّ له الأُخرَى . وقال أصحابُ الشافعيِّ : تَحِلُّ له الأُخْرَى ؛ لأنَّها حُرِّمَتْ عليه بسَبَبٍ لا يَقْدِرُ على رَفْعِه ، فأَشْبَهَ التَّزْوِيجَ . ولَنا ، أنَّه بسَبِيلٍ من اسْتِباحَتِها بمالا يَقِفُ على غيرِهما ، فلم تُبَحْ له أُخْتُها ، كالمَرْهُونةِ .

الفصل الخامس : أنَّه إذا أخرَجَها من مِلْكِه ، لم تَحِلَّ له أخْتُها ، حتى يَسْتَبْرِئَ المُخْرَجةَ ، ويعلمَ براءَتَها من الحَمْلِ . ومتى كانت حامِلًا منه ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها حتى تَضَعَ حَمْلَها ؛ لأنَّه يكونُ جامِعًا ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، بمَنْزِلةِ نِكاحِ الأُخْتِ فى عِدَّةِ أُخْتِها .

فصل : فإن وَطِئَ أَمَتَيْه الأُخْتَيْنِ معًا ، فوَطْءُ الثانيةِ مُحَرَّمٌ ، ولا حَدَّ فيه ، لأنَّ وَطْأَهُ

---

(١٠) فى ا : « أزال » .

(١١) فى ا : « بعارض » .

فى مِلْكِه ، ولأنَّه[12] مُخْتَلَفٌ فى حُكْمِها ، وله سَبِيلٌ إلى اسْتِباحَتِها ، بخلافِ أُخْتِه من الرَّضاعِ المَمْلُوكةِ له . ولا يَحِلُّ له[13] وَطْءُ إحداهما حتى يُحَرِّمَ الأخرى ويَسْتَبْرِئَها . وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعىِّ : الأُولَى باقيةٌ على الحِلِّ ؛ لأنَّ الوَطْءَ الحرامَ لا يُحَرِّمُ[14] الحلالَ . إلَّا أنَّ القاضىَ قال : لا يَطَؤُها حتى يستبْرِئَ الثانية . ولَنا ، أنَّ الثانيةَ قد صارَتْ فِراشًا له يَلْحَقُه نَسَبُ[15] وَلَدِها[16] ، فحُرِّمَتْ عليه أُخْتُها ، كما لو وَطِئَها ابْتِداءً . وقولهم : إن الحَرامَ لا يُحَرِّمُ الحلالَ . ليس بخَبَرٍ[17] صحيحٍ ، وهو مَتْرُوكٌ بما لو وَطِئَ الأُولَى فى حَيْضٍ أو نِفَاسٍ أو إحْرامٍ ، حُرِّمَتْ عليه أخْتُها ، وتُحَرَّمُ عليه أُمُّها وابْنَتُها على التَّأْبِيدِ ، وكذلك لو وَطِئَ امرأةً[18] بشُبْهةٍ فى هذه الحالِ . ولو وَطِئَ امرأةً[19] حُرِّمَتْ عليه ابْنَتُها ، سواءٌ وَطِئَها حَرامًا / أو حَلالًا .

٦٢/٧و

الفصل السادس : أنَّه متى زال مِلْكُه عن المَوْطوءةِ زَوالًا أُحَلَّ له أُخْتَها ، فوَطِئَها ، ثم عادت الأُولَى إلى مِلْكِه ، فليس له وَطْءُ إحداهما حتى تُحَرَّمَ الأُخْرَى ، بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تزويجٍ . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يُحَرَّمُ عليه واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ الأُولَى لم تَبْقَ فِراشًا ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ أَمَةً ثم اشْترى أُخْتَها . ولَنا ، أنَّ هذه صارت فِراشًا ، وقد رَجَعَتْ إليه التى كانت فِراشًا ، فحُرِّمَتْ عليه[17] كلُّ واحدةٍ منهما تكونُ أُخْتُها فِراشًا ، كما لو انْفَرَدَتْ به . فأمَّا إن اسْتَفْرَشَ أَمَةً [20]ثم اشْتَرَى[20] أُخْتَها ، فإنَّ

---

(١٢) فى ا ، م : « ولأنها » .

(١٣) سقط من : ا .

(١٤) فى الأصل : « يحل » .

(١٥) فى ا ، م : « نصب » .

(١٦) سقط من : الأصل ، ب .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى الأصل : « أمة » .

(١٩) فى الأصل ، ا ، ب : « امرأته » .

(٢٠ - ٢٠) فى ا ، ب ، م : « واشترى » .

المُشْتَراةَ لم تكُنْ فِرَاشًا له ، لكنْ[21] هى مُحَرَّمةٌ عليه باسْتِفْراشِ[22] أُخْتِها . ولو أَخْرَجَ المَوْطوءةَ عن مِلْكِه ، ثم عادت إليه قبلَ وَطْءِ أُخْتِها ، فهى حَلَالٌ له ، وأُخْتُها مُحَرَّمةٌ عليه ؛ لأنَّ أُخْتَها فِرَاشُه .

فصل : وحكمُ المُباشَرةِ من الإمَاءِ فيما دُونَ الفَرْجِ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ بِشَهْوةٍ ، فيما يَرْجِعُ إلى تَحْرِيمِ الأُخْتِ ، كحُكْمِه فى تحريمِ الرَّبِيبَةِ . والصحيحُ أنَّه لا يُحَرِّمُ ؛ لأنَّ الحِلَّ ثابتٌ بقوله : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[23] . ومخالَفةُ ذلك إنَّما ثَبَتَتْ بقوله : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾[24] . والمرادُ به الجَمْعُ فى العَقْدِ أو الوطءِ ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما ، ولا ما فى معناهما .

فصل : وإن وَطِئَ أَمَتَه ، ثم أراد نِكاحَ أُخْتِها ، فقد سُئِلَ أحمدُ عن هذا ، فقال : لا يَجْمَعُ بين الأُخْتَيْنِ الأَمَتَيْنِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد أنَّ النِّكاحَ لا يَصِحُّ . وهى إحْدَى الرِّواياتِ عن مالكٍ . قال القاضى : هو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ النِّكاحَ تَصِيرُ به المرأةُ فِرَاشًا ، فلم يَجُزْ أن تَرِدَ على فِرَاشِ الأُخْتِ ، كالوَطْءِ ، ولأنَّه فِعْلٌ فى الأُخْتِ[25] يُنَافِى إباحةَ أُخْتِها المُفْتَرَشةِ ، فلم يَجُزْ ، كالوَطْءِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ النِّكاحُ ، ولا تُباحُ المَنْكُوحةُ حتى تُحَرَّمَ أُخْتُها . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ . قال أبو الخَطَّابِ : وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه سَبَبٌ يُسْتَباحُ به الوَطْءُ ، فجاز أن يَرِدَ على وَطْءِ الأُخْتِ ، ولا يُبِيحُ كالشِّراءِ . وقال الشافعىُّ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، وتَحِلُّ له المَنْكوحةُ ، وتُحَرَّمُ[26] أُخْتُها ؛ لأنَّ النِّكاحَ أَقْوَى من الوَطْءِ بمِلْكِ اليَمِينِ ، فإذا اجْتَمَعا وَجَبَ تقديمُ الأَقْوَى . ووَجْهُ الأَوَّلِ ما ذكَرْنا ،

---

(21) فى م : « بل » .

(22) فى م : « باقتراش » .

(23) سورة النساء ٣ .

(24) سورة النساء ٢٣ .

(25) فى م زيادة : « ما » .

(26) فى ا زيادة : « عليه » .

ولأنَّ وَطْءَ مَمْلُوكَتِه مَعْنًى يُحَرِّمُ أُخْتَها لِعِلَّةِ الجَمْعِ ، فمَنَعَ صِحَّةَ نِكَاحِها كالزَّوْجِيَّةِ ، ويفارِقُ الشِّراءَ ، فإنَّه لا يُقْصَدُ به الوَطْءُ ، ولهذا صَحَّ شِراءُ الأُخْتَيْنِ ، ومن لا يَحِلُّ له . وقولهم : النكاحُ أقوى[27] من الوَطْءِ [28] بمِلْكِ اليَمِينِ [28] . / ممنوعٌ . وإن سُلِّمَ ، فالوَطْءُ أسْبَقُ ، فيُقَدَّمُ ويَمْنَعُ صِحَّةَ ما يَطْرَأُ عليه مِمَّا يُنافِيه[29] ، كالعِدَّةِ تَمْنَعُ ابْتِداءَ نِكاحِ الأُخْتِ ، وكذلك وَطْءُ الأمَةِ يُحَرِّمُ نِكاحَ ابْنَتِها وأُمِّها ، ولأنَّ هذا بمَنْزِلةِ نِكاحِ الأُخْتِ[30] في عِدَّةِ أُخْتِها ، لكَوْنِه لم يَسْتَبْرِئِ المَوْطُوءةَ .

٦٢/٧ ظ

فصل : فإن زَوَّجَ الأمَةَ المَوْطوءةَ ، أو أخْرَجَها عن مِلْكِه ، فله نِكاحُ أُخْتِها . وإن عادتِ الأمَةُ إلى مِلْكِه ، فالزَّوْجِيَّةُ بحالِها ، وحِلُّها باقٍ ؛ لأنَّ النكاحَ صحيحٌ ، وهو أقْوَى ، ولا تَحِلُّ له الأمَةُ . وعنه أنَّه يَنْبَغِي أن تُحَرَّمَ إحداهما ؛ لأنَّ أمَتَه التى كانت فِراشًا قد عادت إليه ، والمنكوحةُ مُسْتَفْرَشةٌ ، فأشْبَهَ أمَتَيْه التى وَطِئَ إحداهما بعدَ تَزْويجِ الأُخْرَى ، ثم طَلَّقَ الزوجُ أُخْتَها . وإن تزَوَّجَ امرأةً ، ثم اشْتَرَى أُخْتَها ، صَحَّ الشِّراءُ ، ولم تَحِلَّ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ كالوَطْءِ ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ أمَتَه ثم اشترى أُخْتَها . فإن وَطِئَ أمَتَه حُرِّمَتَا[31] عليه حتى [32] يَسْتَبْرِئَ الأمَةَ ، ثم تَحِلُّ له زَوْجَتُه دون أمَتِه ؛ لأنَّ النِّكاحَ أقْوَى وأسْبَقُ ، وإنَّما وَجَبَ الاسْتِبْراءُ لئلَّا يكونَ جامِعًا لمائِه في رَحِمِ أُخْتَيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن يُحَرَّمَا عليه جميعًا ، حتى تُحَرَّمَ إحداهما ، كالأمَتَيْنِ .

١١٥٤ – مسألة ؛ قال : (وعَمَّةُ الأمَةِ وخالَتُها فِى ذٰلِكَ كأُخْتِهَا)

يعني في تحريمِ الجَمْعِ بينهما في الوَطْءِ ، والتَّفْصيلُ فيهما كالتَّفْصيلِ في الأُخْتَيْنِ ، على ما ذكرنا .

---

(٢٧) في ا : « أولى » .

(٢٨–٢٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٩) في م : « فيه » .

(٣٠) في الأصل : « الأجنبية » .

(٣١) في م : « حرمت » .

(٣٢) سقط من : ا ، ب ، م .

١١٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ مَنْ كَانَتْ زَوْجَةَ رَجُلٍ وابْنَتِهُ مِنْ غَيْرِهَا)

أكثرُ أهلِ العلمِ يَرَوْنَ الجمعَ بين المرأةِ ورَبِيبَتِها جائزًا ، لا بأسَ به ، فَعَلَه عبدُ اللهِ بن جعفرٍ ، و(١عبد الله بن١) صَفْوانَ بن أُمَيَّةَ . وبه قال سائرُ الفقهاءِ ، إلَّا الحسنَ ، وعِكْرِمَةَ ، وابن أبى لَيْلَى . رُوِيتْ[٢] عنهم كَرَاهَتُه[٣] ؛ لأنَّ إحداهما لو كانت ذَكَرًا حُرِّمَتْ عليه الأُخْرَى ، فأشْبَهَ المرأة وَعَمَّتَها . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[٤] . ولأنَّهما (٥لا قَرَابةَ بينهما ، فأشْبَهتا الأجْنَبِيَّتَيْنِ ، ولأنَّ الجمعَ حُرِّمَ خَوْفًا من قَطِيعةِ الرَّحِمِ القَرِيبةِ بين المُتناسِبَتَيْنِ٥) ، ولا قرابةَ بين هاتَيْنِ ، وبهذا يُفارِقُ ما ذكرُوه .

فصل : ولو كان للرجلِ[٦] ابنٌ من غيرِ زَوْجَتِه ، ولها بِنْتٌ من غيرِه ، أو كان له بِنْتٌ ولها ابنٌ ، جاز تزويجُ أحَدِهما من الآخرِ . فى قولِ عامَّةِ[٧] الفقهاءِ . وحُكِيَ عن طاوُسٍ كَرَاهِيَتُه إذا كان ممَّا وَلَدَتْه المرأةُ بعدَ وَطْءِ الزَّوْجِ لها . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لعمومِ الآيةِ ، والمعنى الذى ذكَرْناه ، فإنَّه ليس بينهما نَسَبٌ ولا / سَبَبٌ يَقْتَضِي التحريمَ ، وكونُه أخًا لأُخْتِها ، لم يَرِدِ الشَّرْعُ بأنَّه سَبَبٌ للتَّحْرِيمِ ، فيَبْقَى[٨] على الإباحةِ ؛ لِعمومِ الآيةِ . ومتى وَلَدَتِ المرأةُ من ذلك الرجلِ ولَدًا ، صار عَمًّا لولَدِ وَلَدَيْهما وخالًا . ٦٣/٧و

فصل : وإن تزوَّجَ امرأةً لم تُحَرَّمْ أُمُّها ولا ابْنَتُها على أبِيه ولا ابْنِه ، فمتى تزوَّجَ امرأةً

(١ - ١) سقط من : م . وهو الجمحى ، قتل مع عبد الله بن الزبير سنة ثلاث وسبعين . العبر ١ / ٨٢ .

(٢) فى الأصل : « روى » .

(٣) فى م : « كراهيته » .

(٤) سورة النساء ٢٤ .

(٥ - ٥) سقط من : ب .

(٦) فى م : « الرجل » .

(٧) فى الأصل : « أكثر » .

(٨) فى ا ، م : « فبقى » .

وزَوَّجَ ابْنَه أُمَّها ، جاز ؛ لعَدَمِ أسْبابِ التحريمِ . فإذا وُلِدَ لكلِّ واحِدٍ منهما وَلَدٌ ، كان وَلَدُ الابنِ خالَ ولِدِ الأبِ ، ووَلَدُ الأبِ عَمَّ وَلَدِ الابْنِ . ويُرْوَى أنَّ رَجُلًا أتَى عبدَ الملكِ بن مَرْوانَ ، فقال : يا أميرَ المؤمنين ، إنِّى تزَوَّجْتُ امرأةً ، وزَوَّجْتُ ابْنِى بأُمِّها ، فأجِزْنا[9] . فقال عبدُ الملك : إن أخْبَرْتَنِى بقَرابةِ وَلَدِك من وَلَدِ ابْنِكَ أجَزْتُك[10] . فقال الرجلُ : يا أميرَ المؤمنين ، هذا العُرْيانُ بن الهَيْثَم الذى وَلَّيْتَه قائِمٌ كسَيْفِكَ[11] ، إن عَلِمَ ذلك فلا تُجِزْنِى[12] . فقال العُرْيانُ : أحدُهما عَمُّ الآخرِ ، والآخَرُ خالُه .

فصل : وإذا تزوَّجَ رجلٌ بامْرأةٍ ، وزَوَّجَ ابنَه بِنْتَها أو أُمَّها ، فزُفَّتِ امرأةُ كلِّ واحِدٍ منهما إلى صاحِبِه ، فوَطِئَها ، فإنَّ وَطْءَ الأوَّلِ يُوجِبُ عليه مَهْرَ مِثْلِها ؛ لأنَّه وَطْءُ شُبْهةٍ ، ويَنْفَسِخُ به[13] نِكاحُها من زَوْجِها ؛ لأنَّها صارتْ بالوطءِ حَلِيلةَ ابْنِه أو أبِيه ، ويَسْقُطُ[14] به مَهْرُ الموطوءةِ عن زَوْجِها ؛ لأنَّ الفَسْخَ جاء من قِبَلِها ، بتَمْكِينِها من وَطْئِها ، ومُطاوَعَتِها عليه ، ولا شىءَ لزَوْجِها على الواطِئِ ؛ لأنَّه لم يَلْزَمْهُ شىءٌ يَرْجِعُ به ، ولأنَّ المرأةَ مُشارِكَةٌ فى إفْسادِ نِكاحِها بالمُطاوَعةِ ، فلم يَجِبْ على زَوْجِها شىءٌ ، كما لو انْفَرَدتْ به . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه لزَوْجِها نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّه أفْسَدَ نِكاحَها قبلَ الدُّخولِ ، أشْبَهَ المرأةَ تُفْسِدُ نِكاحَه بالرَّضاعِ . ويَنْفَسِخُ نِكاحُ الواطِئِ أيضا ؛ لأنَّ امْرأتَه صارت أُمًّا لمَوْطوءَتِه أو بِنْتًا لها ، ولها نِصْفُ المُسَمَّى . فأمَّا وَطْءُ الثانى ، فيُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ للموطوءةِ[13] خاصَّةً . فإن أشْكَلَ الأوَّلُ ، انْفَسَخَ النِّكاحانِ ، ولكلِّ واحدةٍ مَهْرُ مِثْلِها على واطِئِها ، ولا يَثْبُتُ رُجُوعُ أحدِهما على الآخرِ ، ويَجِبُ لِامْرأةِ كلِّ واحِدٍ منهما على الآخرِ نِصْفُ المُسَمَّى ، ولا يَسْقُطُ بالشَّكِّ .

---

(9) فى ا ، ب ، م : « فأخبرنا » . وأجازه : أعطاه جائزة .

(10) فى ا ، ب ، م : « أخبرتك » .

(11) فى ا ، ب ، م : « سيفك » .

(12) فى ب ، م : « تخبرنى » .

(13) سقط من : الأصل .

(14) فى الأصل : « وسقط » .

١١٥٦ – مسألة ؛ قال : (وحَرَائِرُ نِسَاءِ أهْلِ الْكِتَابِ وذَبائِحُهُمْ حَلَالٌ[١] لِلْمُسْلِمِينَ)

ليس بين أهلِ العلمِ ، بحمدِ الله ، اختلافٌ فى حِلِّ حَرائِرِ نساءِ أهلِ الكِتابِ . وممَّن رُوِىَ عنه ذلك عمرُ ، وعثمانُ ، وطَلْحةُ ، وحُذَيفةُ ، وسَلْمانُ ، وجابرٌ ، وغيرُهم . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : ولا يَصِحُّ عن أحدٍ من الأوائلِ أنَّه حَرَّمَ ذلك . ورَوَى / الخَلَّالُ ، بإسْنادِه ، أنَّ حُذَيفةَ ، وطلحةَ[٢] ، والْجارودَ بن المُعَلَّى ، وأُذَيْنةَ العَبْدِىَّ ، تَزَوَّجُوا نِساءً من أهْلِ الكتابِ[٢] . وبه قال سائرُ أهلِ العلمِ . وحَرَّمَتْه الإمامِيَّةُ ، تَمَسُّكًا بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[٣] ، ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[٤] . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[٥] . وإجماعُ الصَّحابةِ ، فأمَّا قولُه سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَاتِ ﴾ . فرُوِىَ عن ابنِ عباسٍ أنَّها نُسِخَتْ بالآيةِ التى فى سورةِ المائدةِ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ ذلك فى الآيةِ الأُخْرَى ؛ لأنَّهما مُتَقَدِّمتانِ[٦] ، والآيةُ التى فى أوَّلِ[٧] المائدةِ متأخِّرةٌ عنهما . وقال آخرون : ليس هذا نَسْخًا ، فإن لَفْظَةَ[٨] المُشْرِكِينَ بإطْلاقِها[٩] لا تَتَناوَلُ أهْلَ الكِتابِ ، بدليلِ قولِه

٦٣/٧ظ

---

(١) فى م : « حلائل » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح نساء أهل الكتاب ، من كتاب أهل الكتاب ، ومن كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٧٨ ، ٧٩ ، ٧ / ١٧٦ ، ١٧٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من رخص فى نكاح نساء أهل الكتاب ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب نكاح اليهودية والنصرانية . السنن ١ / ١٩٣ ، ١٩٤ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى تحريم حلائل أهل الشرك .... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٢١ .

(٤) سورة الممتحنة ١٠ .

(٥) سورة المائدة ٥ .

(٦) فى الأصل زيادة : « متفقتان » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « آخر » .

(٨) فى ا ، م : « لفظ » .

(٩) فى م : « بإطلاق » .

سبحانه : ﴿ لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَٱلْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ ﴾[10] . وقال : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[11] . وقال : ﴿ لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ ٱلنَّاسِ عَدَاوَةً لِّلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱلْيَهُودَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُواْ ﴾[12] . وقال : ﴿ مَّا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[13] . وسائرُ آيِ القرآنِ يَفْصِلُ بينهما ، فدَلَّ على أنَّ لَفْظَةَ المُشْرِكِينَ بإطْلاقِها غيرُ مُتَناوِلةٍ لأَهْلِ الكِتابِ ، وهذا معنى قولِ سعيدِ بن جُبَيْرٍ ، وقَتادةَ ، ولأنَّ ما احْتَجُّوا به عامٌّ في كلِّ كافِرَةٍ ، وآيَتُنا خاصَّةٌ في حِلِّ أَهْلِ الكِتابِ ، والخاصُّ يَجِبُ تَقْدِيمُه . إذا ثَبَتَ هذا ، فالأَوْلَى أن لا يتَزَوَّجَ كِتابِيَّةً ؛ لأنَّ عمرَ قال للذينَ تَزَوَّجُوا من نِساءِ أهلِ الكتابِ : طَلِّقُوهُنَّ . فطَلَّقُوهُنَّ إلَّا حُذَيفةَ ، فقال له عمرُ : طَلِّقْها . قال : تَشْهَدُ أنَّها حَرامٌ ؟ قال : هي جَمْرةٌ[14] ، طَلِّقْها . قال : تَشْهَدُ أنَّها حرامٌ ؟ قال : هي جَمرةٌ . قال : قد عَلِمْتُ أنَّها جَمرةٌ ، [15]ولكنَّها لي[15] حلالٌ . فلمَّا كان بعدُ طَلَّقَها ، فقيل له : أَلَا طَلَّقْتَها حين أمَرَكَ عُمَرُ ؟ قال : كَرِهْتُ أن يَرَى الناسُ أنِّي رَكِبْتُ أمْرًا لا يَنْبَغِي لي . ولأنَّه ربَّما مالَ إليها قَلْبُه ففتَنَتْه ، وربما كان بينهما وَلَدٌ فيَمِيلُ إليها .

فصل : وأَهْلُ الكِتابِ الذين هذا حُكْمُهم ، هم أَهْلُ التَّوْراةِ والإنجيلِ . قال الله تعالى : ﴿ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَابُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾[16] . فأهلُ التَّوْراةِ اليَهُودُ والسَّامِرَةُ ، وأهلُ الإنجيلِ النَّصارَى ، ومَنْ وافَقَهم في أصْلِ دِينِهم من الإفْرَنْجِ والأَرْمَنِ وغيرِهم . وأمَّا الصَّابِئُونَ فاخْتَلَفَ فيهم السَّلَفُ كثيرًا ، فرُوِيَ عن أحمدَ أنَّهم / ٧/٦٤و

(١٠) سورة البينة ١ .

(١١) سورة البينة ٦ .

(١٢) سورة المائدة ٨٢ .

(١٣) سورة البقرة ١٠٥ .

(١٤) في م هنا وفيما يأتي : « خمرة » .

(١٥ – ١٥) في الأصل : « ولكن هي » .

(١٦) سورة الأنعام ١٥٦ .

جِنْسٌ من النَّصَارَى . ونَصَّ عليه الشافعىُّ ، وعَلَّقَ القولَ فيهم فى موضعٍ آخرَ . وعن أحمدَ أنَّه قال : بَلَغَنِى أنَّهم يَسْبِتُونَ . فهؤلاء إذًا يُشْبِهُونَ اليهودَ . والصحيحُ فيهم أنَّهم إن[17] كانوا يُوَافِقُون النصارَى أو اليهودَ فى أصلِ دِينِهم ، ويُخالِفُونَهم فى فُرُوعِه ، فهم ممَّن وافَقُوه ، وإن خالَفُوهُم فى أصلِ الدِّينِ ، فليس هم منهم . واللهُ أعلم . وأمَّا مَنْ سِوَى هؤلاء من الكُفَّارِ ، مثل المُتَمَسِّكِ بصُحُفِ إبراهيمَ وشِيثَ وزَبُورِ داودَ ، فَلَيْسُوا بأهلِ كتابٍ ، ولا تَحِلُّ مُناكَحَتُهم ولا ذبائِحُهم . وهذا قولُ الشافعىِّ . وذكر القاضى فيهم وَجْهًا آخرَ ، أنَّهم من أهلِ الكتابِ ، وتَحِلُّ ذَبائِحُهم ، ونِكاحُ نِسائِهم ، ويُقَرُّونَ بالجِزْيَةِ ؛ لأنَّهم تَمَسَّكُوا بكِتابٍ من كُتُبِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ ، فأشْبَهُوا اليهودَ والنَّصارَى . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ أَنْ تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَـٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾[18] . ولأنَّ تلك الكُتُبَ كانت مَواعِظَ وأمْثالًا ، لا أحْكامَ فيها ، فلم يَثْبُتْ لها حُكْمُ الكُتُبِ المُشْتَمِلةِ على الأحْكامِ .

فصل : وليس للمَجُوسِ كِتابٌ ، ولا تَحِلُّ ذَبائِحُهم ، ولا نِكاحُ نِسائِهم . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ عامَّةِ العُلَماءِ ، إلَّا أبا ثَوْرٍ ، فإنَّه أباح ذلك ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ »[19] . ولأنَّه يُرْوَى أنَّ حُذَيْفَةَ تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً . ولأنَّهم يُقَرُّونَ بالجِزْيةِ ، فأشْبَهُوا اليهودَ والنصارَى . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ ﴾[20] . وقولُه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[21] . فرَخَّصَ من ذلك فى[22] أهلِ الكِتابِ ، فمَنْ عَدَاهُم يَبْقَى على العُمُومِ ، ولم يَثْبُتْ أنَّ للمَجُوسِ

---

(17) سقط من : ب ، م .

(18) سورة الأنعام 156 .

(19) أخرجه مالك ، فى : باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، من كتاب الزكاة . الموطأ 1 / 278 .

(20) سورة البقرة 221 .

(21) سورة الممتحنة 10 .

(22) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

كِتابًا . وسُئِلَ أحمدُ ، أيصِحُّ عن عليٍّ أنَّ للمَجُوسِ كِتابًا ؟ فقال : هذا باطِلٌ . واستَعْظَمَه جِدًّا . ولو ثَبَتَ أنَّ لهم كِتابًا ، فقد بَيَّنَّا أنَّ حُكْمَ أهْلِ الكِتابِ لا يَثْبُتُ لغيرِ أهلِ الكِتابَيْنِ . وقوله عليه السلام : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتابِ » . دَلِيلٌ على أنَّه لا كِتابَ لهم ، وإنَّما أراد به النَّبِيُّ ﷺ ، فى حَقْنِ دِمائِهم ، وإقْرارِهم بالجِزْيةِ لا غيرُ ، وذلك أنَّهم لمَّا كانت لهم شُبْهةُ كِتابٍ ، غُلِّبَ ذلك فى تَحْرِيمِ دِمائِهم ، فيَجِبُ أن يُغَلَّبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ لنِسائِهم وذَبائِحِهم ، فإنَّنا[23] إذا غَلَّبْنا الشُّبْهةَ فى التَّحْرِيمِ [24]فتَغْلِيبُ الدَّلِيلِ الذى عارَضَتْه الشُّبْهةُ فى التَّحْرِيمِ[24] أَوْلَى ، ولم يَثْبُتْ أنَّ حذيفةَ تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً ، وضَعَّفَ أحمدُ رِوايةَ مَنْ رَوَى عن حُذَيْفةَ أنَّه تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وقال : أبو وائلٍ يقول : تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً . وهو أَوْثَقُ / مِمَّن رَوَى عنه أنَّه تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وقال ابن سِيرِينَ : كانت امرأةُ حذيفةَ نَصْرانِيَّةً . ومع تَعارُضِ الرِّواياتِ لا يَثْبُتُ حكمُ إحْداهُنَّ[25] إلَّا بتَرْجِيحٍ ، على أنَّه لو ثَبَتَ ذلك عن حُذَيْفةَ ، فلا يجوزُ الاحْتِجاجُ به مع مُخالفتِه[26] الكِتابَ وقولَ سائرِ العلماءِ . وأمَّا إقْرارُهم بالجِزْيةِ ، فلأنَّنا غَلَّبْنا حُكْمَ التحريمِ لِدِمائِهم ، فيجبُ أن يُغَلَّبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ [27]فى ذبائِحِهم[27] ونِسائِهم .

٧/٦٤ ظ

فصل : وسائرُ الكُفَّارِ غيرُ أهلِ الكتابِ ، كمَنْ عَبَدَ ما استَحْسَنَ من الأصنامِ والأحجارِ والشَّجَرِ والحيوانِ ، فلا خِلافَ بين أهلِ العلمِ فى تَحْرِيمِ نِسائِهم وذبائِحِهم ؛ وذلك لما ذكَرْنا من الآيتَيْنِ ، وعَدَمِ المُعارِضِ لهما . والمُرْتَدَّةُ يُحَرَّمُ نِكاحُها على أىِّ دِينٍ كانت ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ لها حكمُ أهلِ الدِّينِ الذى انْتَقَلَتْ إليه فى إقْرارِها عليه ، ففى حِلِّها أَوْلَى .

---

(٢٣) فى ب : « فأما » .

(٢٤–٢٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٥) فى الأصل : « أحد منهن » .

(٢٦) فى ا ، ب ، م : « مخالفة » .

(٢٧–٢٧) فى ب : « لذبائحهم » .

١١٥٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيِ الْكَافِرَةِ كِتَابِيًّا ، والْآخَرُ وَثَنِيًّا ، لَمْ يَنْكِحْهَا مُسْلِمٌ)

وجملتُه أنّه إذا كان أحدُ أبوَيِ الكِتابيَّةِ غيرَ كِتَابِيٍّ ، لم يَحِلَّ نِكاحُها ، سواءٌ كان وَثَنِيًّا أو مَجُوسِيًّا أو مُرْتَدًّا . وبهذا قال الشافعيُّ ، فيما إذا كان الأبُ غيرَ كتابِيٍّ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يُنسَبُ[1] إلى أبِيه ، ويَشْرُفُ بشَرَفِه ويُنْسَبُ[2] إلى قَبِيلَتِه ، وإن كانت الأُمُّ غيرَ كتابيةٍ فله فيه قَوْلان . ولَنا ، أنَّها غيرُ مُتَمَحِّضَةٍ من أهلِ الكتابِ ، فلم يَجُزْ للمُسْلِمِ نِكاحُها ، كما لو كان أبوها وَثَنِيًّا ، ولأنَّها مُتَوَلِّدَةٌ[3] بين مَنْ يَحِلُّ وبين مَنْ لا يَحِلُّ ، فلم يَحِلَّ[4] ، كالسِّمْعِ[5] والبَغْلِ . ويَحْتَمِلُ أن تَحِلَّ بكلِّ حالٍ[6] ، لدُخُولِها فى عُمُومِ الآيةِ المُبِيحةِ ، ولأنَّها كتابِيَّةٌ تُقَرُّ على دِينِها ، فأشْبَهَتْ مَنْ أبَواها كِتابِيَّانِ . والحُكْمُ فى مَن أبَواها غيرُ كِتَابِيَّيْنِ ، كالحكمِ فى مَن أحَدُ أبَوَيْها كذلك ؛ لأنَّها إذا حُرِّمَتْ لكَوْنِ أحدِ أبَوَيْها وَثَنِيًّا ، فلأَنْ تُحَرَّمَ إذا كانَا وَثَنِيَّيْنِ أَوْلَى . والاحتمالُ الذى ذكَرْناه ثَمَّ مُتَحَقِّقٌ[7] ههُنا ، [8]اعْتِبارًا بحالِ[8] نَفْسِها دُونَ أبَوَيْها[9] .

١١٥٨ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً ، فَانْتَقَلَتْ إِلَى دِينٍ آخَرَ مِنَ الْكُفْرِ غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أُجْبِرَتْ عَلَى الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُها ، انْفَسَخَ نِكاحُهَا)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصولٍ أربعةٍ :

---

(١) فى الأصل : « يتنسب » .

(٢) فى الأصل : « فيتنسب » .

(٣) فى ب : « مولدة » . وفى م : « مولودة » .

(٤) فى الأصل : « يجز » .

(٥) السمع : ولد الذئب من الضبع .

(٦) فى ب : « نكاح » .

(٧) فى ب ، م : « تتحقق » .

(٨ – ٨) فى م : « اعتبار الحال » .

(٩) فى الأصل ، م : « أبيها » .

الأول : أنَّ الكِتابِيَّ إذا[1] انْتقَلَ إلى غيرِ دِينِ أهلِ الكِتابِ ، لم يُقَرَّ عليه . لا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا ، فإنَّه إذا انتقلَ إلى دِينٍ لا يُقَرُّ أهْلُه بالجِزْيةِ ، كعِبادةِ الأوْثانِ وغيرِها ، ممَّا يَسْتَحْسِنُه ، فالأصْلِيُّ منهم لا يُقَرُّ على دِينِه ، فالمُنْتَقِلُ إليه أوْلَى . وإن / انْتقَلَ إلى المَجُوسِيَّةِ ، لم يُقَرَّ أيضا ؛ لأنَّه انْتقَلَ إلى أنْقَصَ من دِينِه ، فلم يُقَرَّ عليه ، كالمُسْلِمِ إذا ارْتَدَّ . فأمَّا إن انْتقَلَ إلى دِينٍ آخرَ من دِينِ[2] أهلِ الكِتابِ ، كاليَهُودِيِّ يَتَنَصَّرُ ، أو النَّصْرانِيِّ يتَهَوَّدُ ، ففيه رِوايتان ؛ إحداهما ، لا يُقَرُّ أيضا ؛ لأنَّه انتقلَ إلى دينٍ باطِلٍ ، قد أقَرَّ ببُطْلانِه ، فلم يُقَرَّ عليه ، كالمُرْتَدِّ . والثانية ، يُقَرُّ عليه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ، واختيارُ الخَلَّالِ وصاحِبِه ، وقولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه لم يَخْرُجْ عن دِينِ أهلِ الكِتابِ ، فأشْبهَ غيرَ[2] المُنْتَقِلِ . وللشافعيِّ قَوْلان ، كالرِّوايتَيْنِ . فأما المَجُوسِيُّ إذا انْتقَلَ إلى دينٍ لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، لم يُقَرَّ ، كأهْلِ ذلك الدِّينِ . وإن انْتقَلَ إلى دينِ أهلِ الكتابِ ، خُرِّجَ فيه الرِّوايتان ، وسواءٌ فيما ذكَرْنا الرَّجُلُ والمرأةُ ؛ لعُمُومِ قَوْلِه عليه السلام : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ »[3] . ولعمومِ المعنى الذى ذكَرْناه فيهما جميعًا .

٦٥/٧و

الفصل الثاني : أنَّ المُنْتَقِلَ إلى غيرِ دينِ أهلِ الكتابِ ، لا يُقْبَلُ[4] منه إلَّا الإسلامُ . نَصَّ عليه أحمدُ . واختاره الخَلَّالُ وصاحِبُه . وهو أحدُ أقوالِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ غيرَ الإسلامِ أدْيانٌ باطلةٌ . قد أقَرَّ ببُطْلانِها ، فلم يُقَرَّ عليها كالمُرْتَدِّ . وعن أحمدَ أنَّه لا يُقْبَلُ منه[2] إلَّا

---

(1) في الأصل ، ا ، ب : « إن » .

(2) سقط من : م .

(3) أخرجه البخاري ، في : باب لا يعذب بعذاب الله ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخاري ٤ / ٧٥ ، ٩ / ١٣٨ . وأبو داود ، في : باب الحكم في من ارتد ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٤٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في المرتد ، من أبواب الحدود ، عارضة الأحوذي ٦ / ٢٤٣ . والنسائي ، في : باب الحكم في المرتد ، من كتاب التحريم . المجتبى ٧ / ٩٦ . وابن ماجه ، في : باب المرتد عن دينه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٣٢٣ ، ٥ / ٢٣١ .

(4) في الأصل : « يتقبل » .

الإسْلامُ أو الدينُ الذى كان عليه ؛ لأنَّ دِينَه الأوَّلَ قد أقْرَرْناه عليه مَرَّةً ، ولم يَنْتَقِلْ إلى خيرٍ منه ، فنُقِرُّه عليه إن رَجَعَ إليه ، ولأنَّه مُنْتَقِلٌ من دينٍ يُقَرُّ أهْلُه عليه ، إلى دينٍ لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، فيُقْبَلُ منه الرُّجُوعُ إليه ، كالمُرْتَدِّ إذا رَجَعَ إلى الإسْلامِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ ثالثة ، أنَّه يُقْبَلُ منه أحدُ ثلاثةِ أشياء ؛ الإسلامُ ، أو الرجوعُ إلى دِينِه الأوَّلِ ، أو دينٍ يُقَرُّ أهلهُ عليه ؛ لعُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ حَتَّى يُعْطُواْ الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾[٥] . وإن انْتَقلَ إلى دينِ أهلِ الكتابِ ، وقُلْنا : لا يُقَرُّ[٦] . ففيه الرِّوايتان ؛ إحداهما ، لا يُقْبَلُ منه إلَّا الإسلامُ. والأُخْرَى ، لا يقبلُ منه إلَّا الإسْلامُ أو الدِّينُ الذى كان عليه .

الفصل الثالث : فى صِفَةِ إجبارِه على تَرْكِ ما انتقلَ إليه . وفيه روَايتان ؛ إحداهما ، أنَّه يُقْتَلُ إن لم يَرْجِعْ ، رَجُلًا كان أو امرأةً ؛ لعُموم قوله عليه السلام : « مَنْ بَدَّلَ دِينَه فاقْتُلوهُ » . ولأنَّه ذِمِّىٌّ[٧] نَقَضَ العَهْدَ ، فأشْبَهَ مالو نَقَضَه بتَرْكِ الْتِزامِ الذِّمَّـةِ . وهـل يُسْتَتابُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يُسْتَتابُ ؛ لأنَّه يُسْتَرْجَعُ عن دينٍ باطلٍ انتقلَ إليه ، فيُسْتَتابُ ، كالمُرْتَدِّ . والثانى : لا يُسْتَتابُ ؛ لأنَّه كافِرٌ أصْلِىٌّ أُبيحَ قَتْلُه ، فأشْبَهَ/ الحَرْبِىَّ . فعلى هذا إن بادَرَ وأسْلَم ، أو رَجَعَ إلى ما يُقَرُّ عليه ، عُصِمَ دَمُه وإلَّا قُتِلَ . ٦٥/٧ظ

والرِّواية الثانية ، عن أحمدَ قال : إذا دَخَلَ اليَهُودىُّ فى النَّصْرانيَّةِ ، رَدَدْتُه إلى اليَهُوديَّةِ ، ولم أدَعْه فيما انتقلَ إليه ، فقِيلَ له : أتَقْتُلُه ؟ قال : لا ، ولكن يُضْرَبُ ويُحْبَسُ . قال : وإن كان نَصْرانيًّا أو يَهُوديًّا ، فدَخَلَ فى الْمَجُوسيَّةِ ، كان أغْلَظَ ؛ لأنَّه لا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُه ، ولا تُنْكَحُ له امرأةٌ ، ولا يُتْرَكُ حتى يُرَدَّ إليها . فقيلَ له : تَقْتُلُه[٨] إذا لم يَرْجِعْ ؟ قال : إنَّه لأهلُ ذلك . وهذا نصٌّ فى أنَّ الكتابِىَّ المُنْتَقِلَ إلى دينٍ آخرَ من دينِ أهلِ الكتابِ لا يُقْتَلُ ، بل يُكْرَهُ بالضَّرْبِ والحَبْسِ .

---

(٥) سورة التوبة ٢٩ .

(٦) فى ب زيادة : « أهله » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) فى ب : « يقتل » .

الفصل الرابع : أنَّ امرأةَ المُسْلِمِ الذِّمِّيَّةَ ، إذا انتقلتْ إلى دينٍ[9] غيرِ دينِ أهلِ الكتابِ ، فهى كالمُرْتَدَّةِ ؛ لأنَّ غيرَ[10] أهلِ الكتاب لا يَحِلُّ نِكاحُ نِسائِهِم ، فمتى كان قبلَ الدُّخولِ ، انْفَسَخَ نِكاحُها فى الحالِ ، ولا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ من قِبَلِها ، وإن كان بعدَه ، وَقَفَ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، والأُخْرَى يَنْفَسِخُ فى الحالِ أيضا .

١١٥٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وأَمَةُ الْكِتَابِيَّةُ حَلَالٌ لَهُ ، دُونَ أَمَتِهِ الْمَجُوسِيَّةِ**)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : أنَّ أمَتَه الكتابيَّةَ حلالٌ له[1] . وهذا[2] قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الحَسَنَ ، فإنَّه كَرِهَه ؛ لأنَّ الأمَةَ الكتابيَّةَ يُحَرَّمُ نِكاحُها فحُرِّمَ التَّسَرِّى بها كالْمَجُوسِيَّةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَٰجِهِم أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[3] . ولأنَّها ممَّن يَحِلُّ نِكاحُ حَرائِرِهم ، فحَلَّ له التَّسَرِّى بها ، كالمُسْلِمةِ . فأمَّا نِكاحُها فيُحَرَّمُ[4] لأنَّ فيه إرْقاقَ وَلَدِه ، وإبقاءَه مع كافِرَةٍ ، بخلافِ التَّسَرِّى .

الفصل الثانى : أنَّ مَنْ حُرِّمَ نِكاحُ حرائِرِهم من الْمَجُوسِيَّاتِ ، وسائرِ الكوافِرِ سِوَى أهلِ الكتابِ ، لا يُباحُ وَطْءُ الإماءِ منْهُنَّ بمِلْكِ اليَمينِ . فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ مُرَّةُ الهَمْدَانِىُّ[5] ، والزُّهْرِىُّ ، وسعيدُ بن جُبَيْرٍ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ،

---

(٩) سقط من : ا ، ب .

(١٠) فى م زيادة : « دين » .

(١) سقط من : ب .

(٢) فى الأصل : « فى » .

(٣) سورة المؤمنون ٦ ، وسورة المعارج ٣٠ .

(٤) فى ا : « فحرم » .

(٥) مرة بن شراحيل الهمدانى الكوفى التابعى ، المعروف بمرة الطيب ومرة الخير لعبادته ، ثقة ، توفى سنة ست وسبعين . تهذيب التهذيب ١٠ / ٨٨ ، ٨٩ .

وأبو حنيفةَ، ومالكٌ، والشافعيُّ. قال ابنُ عبدِ البرِّ: على هذا جماعةُ فُقَهاءِ الأمْصارِ، وجمهورُ العلماءِ، وما خالَفَه فشُذُوذٌ لا يُعَدُّ خِلافًا. ولم[6] يَبْلُغْنا إباحةُ ذلك إلَّا عن طاوُسٍ، ووَجْهُ قولِه عُمُومُ قولِه تعالى: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[7]. والآيةُ الأُخْرَى[8]. وروَى أبو سعيدٍ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ بَعَثَ يومَ حُنَيْنٍ بَعْثًا قِبَلَ أوْطاسٍ[9]، فأصابُوا لهم[10] سَبايَا، فكأنَّ ناسًا من أصحابِ / رسولِ اللهِ ﷺ تَحَرَّجُوا من غِشْيانِهِنَّ، من أجْلِ أزْواجِهِنَّ من المُشْرِكين، فأنزَلَ اللهُ عَزَّ وجَلَّ فى ذلك: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾. قال: فهُنَّ لهم حَلالٌ إذا انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ. وعنه، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال فى سَبايَا أوْطاسٍ: « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا غَيْرُ ذاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً ». رواهما أبو داودَ[11]. وهو حديثٌ صحيحٌ. وهم عَبَدَةُ أوْثانٍ. وهذا ظاهِرٌ فى إباحَتِهِنَّ، ولأنَّ الصحابةَ فى عصرِ النَّبِىِّ ﷺ كان أكثرُ سَباياهم من كُفَّارِ العَرَبِ، وهم عَبَدَةُ أوْثانٍ، فلم يكونُوا يَرَوْنَ تحْرِيمَهُنَّ لذلك، ولا نُقِلَ عن النَّبِىِّ ﷺ تَحْرِيمُهُنَّ، ولا أمْرُ الصَّحابةِ باجْتِنابِهِنَّ، وقد دَفَعَ أبو بكرٍ إلى سَلَمةَ بن الأكْوَعِ امرأةً من بعضِ السَّبْيِ، نَفَلَها إيَّاه، وأخَذَ عمرُ وابنُه من سَبْيِ هَوازِنَ، [12]وكذلك غيرُهما[12] من الصَّحابةِ، والحَنَفِيَّةُ أُمُّ محمدِ بن الْحَنَفِيَّةِ من

(٦) فى الأصل: « ولا ».

(٧) سورة النساء ٢٤.

(٨) التى سبقت فى أول المسألة.

(٩) أوطاس: موضع على ثلاث مراحل من مكة.

(١٠) فى م: « منهم ».

(١١) أخرجهما أبو داود، فى: باب فى وطء السبايا، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١ / ٤٩٧.

كما أخرج الأول مسلم، فى: باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء ...، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ٢ / ١٠٧٩، ١٠٨٠. والنسائى، فى: باب تأويل قول الله عز وجل: ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾، من كتاب النكاح. المجتبى ٦ / ٩١.

وأخرج الثانى الدارمى، فى: باب فى استبراء الأمة، من كتاب الطلاق. سنن الدارمى ٢ / ١٧١، والإمام أحمد، فى: المسند ٣ / ٢٨، ٦٢، ٨٧.

(١٢-١٢) فى م: « وغيرهما ».

سَبْيِ بنى حنيفةَ ، وقد أخذَ الصحابةُ[13] سَبايَا فارِسَ ، وهم مَجُوسٌ ، فلم يَبْلُغْنا أنَّهم اجْتَنَبُوهُنَّ ، وهذا ظاهرٌ فى إباحَتِهِنَّ ، لولا اتِّفاقُ أهلِ العلمِ على خِلافِه . وقد أجَبْتُ عن حديثِ أبى سعيدٍ بأجْوِبَةٍ ، منها ؛ أنَّه يَحْتَمِلُ أنَّهنَّ أسْلَمْنَ ، كذلك رُوِىَ عن أحمدَ حين[14] سألَه محمدُ بن الحَكَمِ قال : قلتُ لأبى عبدِ الله : فهَوَازِنُ[15] أليس كانوا عَبَدَةَ أوْثانٍ ؟ قال : لا أدْرِى كانوا أسْلَمُوا أو لا . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : إباحةُ وَطْئِهِنَّ مَنْسُوخةٌ بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[16] .

١١٦٠ – مسألة ؛ قال : (ولَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وإنْ كَانَ عَبْدًا أنْ يَتَزَوَّجَ أمَةً كِتابِيَّةً)

لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ﴾[1] . هذا ظاهرُ مذهبِ أحمدَ ، رَوَاه عنه جماعةٌ ، وهو قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، ومَكْحولٍ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزاعىِّ ، واللَّيْثِ ، وإسحاقَ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، ومجاهدٍ . وقال أبو مَيْسَرَةَ ، وأبو حنيفةَ : يجوزُ للمُسْلِمِ نِكاحُها ؛ لأنَّها تحِلُّ بمِلْكِ اليَمينِ ، فحَلَّتْ بالنِّكاحِ كالمُسْلِمةِ . ونُقِلَ ذلك عن أحمدَ ، قال : لا بأسَ بتَزْوِيجِها . إلَّا أنَّ الخَلَّالَ رَدَّ هذه الرِّوايةَ ، وقال : إنَّما تَوَقَّفَ أحمدُ فيها ، ولم يَنْفُذْ له قولٌ ، ومَذْهَبُه أنَّها لا تَحِلُّ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ﴾[1] . فشَرَطَ فى / إباحةِ نِكاحِهِنَّ الإيمانَ ، ولم يُوجَدْ ، وتُفارِقُ المُسْلِمةَ ، لأنَّه لا يُؤَدِّى إلى اسْتِرْقاقِ الكافرِ وَلَدَها ، لأنَّ الكافرَ لا يُقَرُّ مِلْكُه على مُسْلِمةٍ ، والكافرةُ تكونُ مِلْكًا لكافرٍ ، ويُقَرُّ مِلْكُه عليها . ووَلَدُها مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِها ، ولأنَّه [2]قد اعْتَوَرَها[2]

٦٦/٧ ظ

---

(١٣) فى الأصل زيادة : « من » .

(١٤) فى م : « أنه » .

(١٥) فى م : « هوازن » .

(١٦) سورة البقرة ٢٢١ .

(١) سورة النساء ٢٥ .

(٢ – ٢) فى م : « عقد اعتوره » .

نَقْصانِ ، نَقْصُ الكُفْرِ والمِلْكِ ، فإذا اجْتَمَعا مَنَعَا ، كالمَجُوسِيّةِ لمَّا اجْتَمَعَ فيها نَقْصُ الكُفْرِ ، وعَدَمُ الكِتابِ ، لم يُبَحْ نِكاحُها . ولا فَرْقَ بين الحُرِّ والعَبْدِ فى تحريمِ نِكاحِها ؛ لعُمُومِ ما ذكَرْنا من الدليلِ ، ولأنَّ ما حُرِّمَ على الحُرِّ تَزْويجُه لأجْلِ دِينِه ، حُرِّمَ (٣على العَبْدِ٣) ، كالمَجُوسِيَّةِ .

١١٦١ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا(١) لِحُرٍّ مُسْلِمٍ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَةً مُسْلِمةً ، إلَّا أنْ لا يَجِدَ طَوْلًا بِحُرَّةٍ مُسْلِمَةٍ ، ويَخافُ الْعَنَتَ)

الكلامُ فى هذه المسألة فى شيْئين ؛ أحدهما ، أنَّه يَحِلُّ له(٢) نِكَاحُ الأمَةِ المُسْلِمةِ إذا وُجِدَ فيه الشَّرطان ، عَدَمُ الطَّوْلِ ، وخَوْفُ العَنَتِ . وهذا قولُ عامَّةِ العلماءِ ، لا نَعْلَمُ بينهم اختِلافًا فيه . والأصلُ فيه قولُ اللهِ سبحانه : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾(٣) . الآية . والصَّبْرُ عنها مع ذلك خيرٌ وأفْضَلُ ؛ لقولِ الله تعالى ﴿ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾(٣) . والثانى : أنَّه(٤) إذا عُدِمَ الشرطانِ أو أحدُهما، لم يَحِلَّ نِكاحُها لِحُرٍّ(٥) . رُوِىَ ذلك عن جابرٍ ، وابنِ عباسٍ . وبه قال عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وعمرُو بن دِينارٍ ، ومكحولٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . وقال مُجاهِدٌ : ممَّا وَسَّعَ اللهُ على هذه الأُمَّةِ نِكاحُ الأمَةِ ، وإن كان مُوسِرًا . وبه قال أبو حنيفةَ ، إلَّا أن يكونَ تَحْتَه حُرَّةٌ ؛ لأنَّ القُدْرَةَ على النِّكاحِ لا تَمْنَعُ النِّكاحَ ، كما يَمْنَعُه وُجُودُ النِّكاحِ ، كنِكاحِ الأُخْتِ والخامِسةِ . وقال قَتادةُ ، والثَّورِىُّ : إذا خاف العَنَتَ حَلَّ له نِكاحُ الأمَةِ ، وإن وَجَدَ الطَّوْلَ ؛ لأنَّ إباحَتَها لضَرُورةِ خَوْفِ العَنَتِ ، وقد وُجِدَتْ ، فلا يَنْدَفِعُ إلَّا بِنِكاحِ

(٣–٣) سقط من : ب .

(١) فى الأصل زيادة : « يجوز » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ٢٥ .

(٤) سقط من : ا ، م .

(٥) فى الأصل : « بحر » .

الأَمَةِ ، فأَشْبَهَ عادِمَ الطَّوْلِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِناتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِناتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ منكُمْ ﴾ . فشَرَطَ فى نِكاحِها عَدَمَ اسْتِطاعةِ الطَّوْلِ ، فلم يَجُزْ مع الاستطاعةِ ، كالصَّوْمِ فى كَفَّارةِ الظِّهارِ مع[6] استطاعةِ الإِعْتاقِ ، ولأنَّ فى تَزْويجِ الأَمَةِ إِرْقاقَ وَلَدِه مع الغِنَى عنه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان تحتَه حُرَّةٌ . وقِياسُهُم ليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّ نِكاحَ الخامسةِ والأُختِ ، إنَّما حُرِّمَ لأَجْلِ / الجَمْعِ ، وبالقُدْرةِ على الجَمْعِ لا يَصِيرُ جامِعًا ، والعِلَّةُ هـٰهُنا ، هو الغِنَى عن إِرْقاقِ وَلَدِه ، وذلك يَحْصُلُ بالقُدْرةِ على نِكاحِ الحُرَّةِ . وأَمَّا من يَجِدُ الطَّوْلَ ويَخافُ العَنَتَ ، فإن كان ذلك لكَوْنِه لا يَجِدُ إلَّا حُرَّةً صغيرةً أو غائبةً أو مَرِيضةً لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ، أو وَجَدَ مالًا ولم يُزَوَّجْ[7] لقُصُورِ نَسَبِه ، فله نِكاحُ الأَمَةِ ؛ لأَنَّه عاجِزٌ عن حُرَّةٍ تُعِفُّه . وإن كانت الحرةُ فى حِبالةِ غيرِه[8] ، فله نِكاحُ أَمَةٍ . نَصَّ عليه أحمدُ فى الغائبةِ . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا يجوز ؛ لوُجْدانِ الطَّوْلِ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مستطيعٍ للطَّوْلِ[9] إلى حُرَّةٍ تُعِفُّه ، فأَشْبَهَ مَنْ لا يجدُ شيئًا ، ألا تَرَى أنَّ اللهَ سبحانه جعَل[10] ابنَ السَّبِيلِ الذى له اليَسارُ فى بَلَدِه فَقِيرًا ؛ لعَدَمِ قُدْرَتِه عليه فى الحال . وإن كانت له حُرَّةٌ يَتَمَكَّنُ من وَطْئِها ، والعِفَّةِ بها ، فليس بخائِفِ العَنَتَ .

٦٧/٧و

فصل : وإن قَدَرَ على تزويجِ كِتابِيَّةٍ تُعِفُّه ، [11]أو ثَمَنِ أَمَةٍ[11] ، لم يَحِلَّ له نِكاحُ

---

(٦) فى م زيادة : « عدم » .

(٧) فى م : « يتزوج » .

(٨) مكان هذه الكلمة فى الأصل ، ا ، ب : « وهما كذلك » . والعبارة غير مستقيمة ، ولعل صوابها : « وإن كانت الحرةُ فى حبالِه غير أنها غائبة » . والله أعلم .

(٩) فى م : « الطول » .

(١٠) فى الأصل ، ب : « نزل » .

(١١ – ١١) سقط من : م .

الأَمَةِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيّ ، وذكروا[١٢] وَجْهًا آخرَ أنَّه يجوزُ له[١٣] ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . وهذا غيرُ مُسْتَطِيعٍ لذلك . ولَنا ، قول الله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ . وهذا غيرُ خائِفٍ له ، ولأنَّه قَدَرَ على صِيَانةِ وَلَدِه عن الرِّقِّ ، فلم يَجُزْ له إرْقاقُه ، كما لو قَدَرَ على نِكاحِ مُؤْمنةٍ .

فصل : ومَنْ كانت تحتَه[١٤] حُرَّةٌ يُمْكِنُه أن يَسْتَعِفَّ بها ، لم يَجُزْ له نِكاحُ أَمَةٍ . لا نعلمُ فى هذا خِلافًا ، ولا فَرْقَ بين الكتابيَّةِ والمُسْلمةِ فى ذلك ؛ لما ذكَرْنا من قبلُ .

فصل : فإن لم يَجِدْ طَوْلًا ، لكنْ وَجَدَ مَنْ يُقْرِضُه ذلك ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى بَقَاءِ الدَّيْنِ فى ذِمَّتِه ، ولصاحِبِه[١٥] مُطَالَبَتُه به فى الحالِ . وكذلك إن رَضِيَتِ الحُرَّةُ بتأْخِيرِ صَدَاقِها ، أو تَفْوِيضِ بُضْعِها ؛ لأنَّ لها مُطَالَبَتَه بعِوَضِه . وكذلك إن بَذَلَ له باذِلٌ[١٦] أن يَزِنَه عنه ، أو يَهَبَه إيَّاه ، لم يَلْزَمْه قَبولُه[١٧] ؛ لما عليه من ضَرَرِ المِنَّةِ ، وله فى ذلك كلِّه نِكاحُ الأَمَةِ . وإن لم يَجِدْ مَنْ يُزَوِّجُه إلَّا بأكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، وكان قادرًا عليه ، ولا يُجْحِفُ به ، لم يَكُنْ له نِكاحُ الأَمَةِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : له ذلك ، كما لو لم يَجِدِ الماءَ إلَّا بزِيادةٍ عن ثمنِ المِثْلِ ، فله التَّيَمُّمُ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ / مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . وهذا مُسْتَطِيعٌ ، ولأنَّه قادِرٌ على نِكاحِ حُرَّةٍ بما لا يَضُرُّه ، فلم يَجُزْ له إرْقاقُ وَلَدِه ، كما لو كان بمَهرِ مِثْلِها ، ولا نُسَلِّمُ ما ذكَرُوه فى التَّيَمُّمِ ، ثم هذا مُفارِقٌ للتَّيَمُّمِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ التَّيَمُّمَ رُخْصةٌ عامَّةٌ ، وهذا أُبِيحَ للضَّرُورةِ ، ومع القُدْرةِ على الحُرَّةِ لا ضَرُورَةَ . والثانى ، أنَّ التَّيَمُّمَ يتكَرَّرُ ، فإيجابُ

٦٧/٧ ظ

---

(١٢) فى م : « وذكر » .
(١٣) سقط من : ب ، م .
(١٤) فى الأصل : « عنده » .
(١٥) فى م : « ولصاحبته » .
(١٦) سقط من : ب .
(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

شِرَائِه بزِيادةٍ على ثمنِ المِثْلِ يُفْضِى إلى الإِجْحافِ به ، وهذا لا يتكَرَّرُ ، فلا ضَرَرَ فيه .

فصل : وإنْ كان فى يَدِه مالٌ ، فذَكَرَ أنَّه مُعْسِرٌ ، وأنَّ المالَ لغيرِه . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه حُكْمٌ بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كما لو ادَّعَى مَخافةَ العَنَتِ . ومتى تزَوَّجَ الأَمَةَ ، ثم أقَرَّ أنَّه كان مُوسِرًا حالَ النِّكاحِ ، فُرِّقَ بينهما ؛ لأنَّه أقَرَّ بفَسادِ نِكاحِه . وهكذا إن أقَرَّ أنَّه لم يكُنْ[18] يَخْشَى العَنَتَ . فإن كان قبلَ الدُّخولِ وصَدَّقَه السَّيِّدُ ، فلا مَهْرَ ، وإن كَذَّبَه ، فله نِصْفُ المُسَمَّى ؛ لأنَّه يَدَّعِى صِحَّةَ النكاحِ والأصْلُ معه ، وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فعليه المُسَمَّى جَمِيعُه ، إلَّا أن يكونَ مَهْرُ المِثْلِ أكْثَرَ ، فعلى قولِ مَنْ أوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ فى النكاحِ الفاسِدِ ، يلْزَمُه مَهْرُ المِثْلِ ؛ لإقْرارِه به . وإن كان المُسَمَّى أكثرَ ، وَجَبَ للسَّيِّدِ[19] (20) إلَّا أن (20) يُصَدِّقَه فيما قال ، فيكونَ له من المَهْرِ ما يَجِبُ[21] فى النِّكاحِ الفاسِدِ . وهل ذلك المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على رِوَايتَيْنِ .

١١٦٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَتَى عَقَدَ عَلَيْهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ؛ عَدَمُ الطَّوْلِ ، وخَوْفُ الْعَنَتِ ، ثُمَّ أيْسَرَ ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ)

هذا ظاهرُ المذهبِ ، وهو مذهبُ الشافعىِّ ، وفى المذهبِ وجهٌ آخَرُ ، أنَّه يَفْسُدُ النكاحُ . وهو قولُ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّه إنَّما أُبِيحَ للحاجةِ ، فإذا زالَتِ الحاجةُ لم يَجُزْ له[1] اسْتِدامَتُه ، كمن أُبِيحَ له أكْلُ المَيْتةِ للضَّرُورةِ ، فإذا وَجَدَ الحَلَالَ لم يَسْتَدِمْه . ولَنا ، أنَّ فَقْدَ الطَّوْلِ أحَدُ شَرْطَىْ إباحةِ نِكاحِ الأَمَةِ ، فلم تُعْتَبَر اسْتِدامَتُه ، كخَوْفِ العَنَتِ ، ويُفارِقُ أكْلَ المَيْتةِ ، فإنَّ أكْلَها بعدَ القُدْرَةِ ابْتِداءٌ[1] للأكْلِ ، وهذا لا يَبْتَدِئُ النِّكاحَ ،

---

(18) سقط من : الأصل .

(19) فى م : « وللسيد » .

(20-20) فى م : « أن لا » .

(21) فى ا ، ب : « وجب » .

(1) سقط من : ب .

إنَّما يَسْتَدِيمه ، والاسْتِدامةُ للنِّكاحِ تُخالِفُ[٢] ابْتِداءَه ، بدليلِ أنَّ العِدَّةَ والرِّدَّةَ وأَمْنَ العَنَتِ يَمْنَعْنَ ابْتِداءَه دُونَ اسْتِدامَتِه .

فصل : وإن تزوَّجَ على الأَمَةِ حُرَّةً ، صَحَّ . وفى بُطْلانِ نِكاحِ الأَمَةِ رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، لا يَبْطُلُ . وهو قول سعيدِ بن / المُسَيَّبِ ، وعطاءٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . ورُوِىَ معنى ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . والرِّواية الثانية ، يَنْفَسِخُ نِكاحُ الأَمةِ . وهو قولُ ابن عباسٍ ، ومَسْرُوقٍ ، وإسحاقَ ، والمُزَنِىِّ . وَوَجْهُ الرِّوايتَيْنِ ما تقدَّم فى صَدْرِ[٣] المسألةِ . وقال النخعىُّ : إن كان له من الأَمَةِ وَلَدٌ ، لم يُفارِقْها ، وإلَّا فارَقَها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما كان مُبْطِلًا للنِّكاحِ فى غيرِ ذاتِ الوَلَدِ أبْطَلَه فى ذاتِ الوَلَدِ ، كسائرِ مُبْطلاتِه ، ولأنَّ وَلَدَه منها مملوكٌ لسَيِّدِها ، ونَفَقَتُه عليه . وقد استُدِلَّ على بَقاءِ النِّكاحِ بما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : إذا تزوَّجَ الحُرَّةَ على الأَمَةِ ، قَسَمَ للحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ، وللأَمَةِ ليلةً[٤] . ولأنَّه[٥] لو بَطَلَ بنِكاحِ[٦] الحُرَّةِ ، لبَطَلَ[٧] بالقُدْرَةِ عليه ، فإنَّ القُدْرَةَ على المُبْدَلِ كاسْتِعْمالِه ، بدَلِيلِ الماءِ مع التُّرابِ .

١١٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا ، إِذَا كَانَ الشَّرْطَانِ فِيهِ قَائِمَيْنِ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى إباحةِ أكثرَ من أَمَةٍ إذا لم تُعِفَّه ، فعَنْه أنَّه قال : إذا خَشِىَ العَنَتَ تزوَّجَ أربعًا ، إذا لم يَصْبِرْ كيف يَصْنَعُ ؟ وهذا قولُ الزُّهْرِىِّ ، والحارثِ العُكْلِىِّ ،

(٢) فى ب : « بخلاف » .

(٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٨٥ .

(٥) فى ا : « وأنه » . وفى م : « فإنه » .

(٦) فى ب : « نكاح » .

(٧) فى ب : « أبطل » .

ومالكٍ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . والرِّواية الثانية ، قال أحمدُ : لا يُعْجِبُنِى أن يتزوَّجَ إلَّا أمَةً واحدةً . يَذْهَبُ إلى حديثِ ابن عباسٍ ، وهو ما رُوِىَ عن ابن عباسٍ : أنَّ الحُرَّ لا يتزوَّجُ من الإمَاءِ إلَّا واحدةً ، وقرأ : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنْكُمْ ﴾[1] . وبه قال قَتادةُ ، والشافعىُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ؛ لأنَّ[2] مَنْ له زَوْجةٌ يُمْكِنُه وَطْؤُها لا يَخْشَى العَنَتَ . ووَجْهُ الأُولَى قولُه تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . الآية . وهذا داخِلٌ فى عُمُومِها ، ولأنَّه عادِمٌ للطَّوْلِ ، خائِفٌ لِلْعَنَتِ ، فجاز له نِكاحُ أمَةٍ كالأُولَى[3] . وقولُهم : لا يَخْشَى العَنَتَ . قُلْنا : الكلامُ فى مَن يَخْشَاه ، ولا نُبِيحُه إلَّا له . وقولُ ابن عباسٍ يُحْمَلُ على مَنْ لم يَخْشَ العَنَتَ ، وكذلك الرِّوايةُ الأُخْرَى عن أحمدَ . وإن تزوَّجَ حُرَّةً فلم تُعِفَّه ، فذَكَرَ فيها أبو الخَطَّابِ رِوايتَيْنِ ، مِثْلِ نِكاحِ الأَمَةِ فى حَقِّ مَنْ تحتَه أمَةٌ لم تُعِفَّه ؛ لما ذكَرْنا . وإن كانت الحُرَّةُ تُعِفُّه ، فلا خِلافَ فى تحْرِيمِ نِكاحِ الأَمَةِ . وإن نَكَحَ أمَةً تُعِفُّه ، لم يَكُنْ له أن يَنْكِحَ أُخْرَى ، فإن نَكَحَها ، فنِكاحُها[4] باطِلٌ . °وإن تزوَّجَ أمَتَيْنِ فى عَقْدٍ ، وهو يَسْتَعِفُّ / بواحدةٍ ، فنكاحُه باطلٌ° ؛ لأنَّه يَبْطُلُ فى إحْداهما ، وليست إحْداهما بأَوْلَى من الأُخْرَى ، فبطَلَ ، كما لو جَمَعَ بين أُخْتَيْنِ .

٦٨/٧ ظ

فصل : وللعبدِ أن يَنْكِحَ الأَمَةَ ، وإن فُقِدَ فيه الشَّرْطان ؛ لأنَّه مُساوٍ لها ، فلم يُعْتَبَرْ فيه هذان الشَّرْطان ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ . وله نكاحُ أمَتَيْنِ معًا ، وواحدةٍ بعد واحدةٍ ؛ لأنَّ خَشْيَةَ العَنَتِ غيرُ مَشْرُوطةٍ[6] فيه . وإن تزوَّجَ حُرَّةً ، وقُلْنا : ليست الحُرِّيَّةُ شَرْطًا فى

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح إماء المسلمين ، وباب لا تنكح أمة على أمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٣ ، ١٧٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من رخص للحر أن يتزوج الأمة ، كم يجمع منهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٧ .

(٢) فى ب : « ولأن » .

(٣) فى م : « الأولى » .

(٤) فى ا : « فنكاحه » .

(٥ - ٥) سقط من : ا ، م .

(٦) فى الأصل ، ب : « مشترطة » .

نِكاحِ الحُرَّةِ ، فهل له أن ينْكِحَ أمةً ؟ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعيِّ ؛ لأنَّها مُساوِيةٌ له ، فلم يُشْتَرَطْ لِصِحَّةِ نِكاحِها عَدَمُ الحُرَّةِ ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ ، ولأنَّه لو اشْتُرِط عَدَمُ الحُرَّةِ ، لَاشْتُرِطَ عَدَمُ القُدْرةِ عليها ، كما فى حَقِّ الحُرِّ[7] . والثانية ، لا يجُوز . وهو قولُ[8] أصْحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّه قال : تُنْكَحُ الحُرَّةُ على الأمَةِ ، ولا تُنْكَحُ الأمَةُ على الحُرَّةِ . ولأنَّه مالِكٌ لبُضْعِ حُرَّةٍ ، فلم يكُنْ له أن يتزوَّجَ أمةً ، كالحُرِّ[9] . وإن عَقَدَ النكاحَ عليهما جميعًا ، صَحَّ فيهما ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ يجوزُ إفْرادُها بالعَقْدِ ، فجاز بالجَمْعِ[10] بينهما ، كالأمَتَيْنِ .

فصل : وإذا زَنَتِ المرأةُ ، لم يَحِلَّ لمَنْ يَعْلَمُ ذلك نِكاحُها إلَّا بشَرْطَيْن ؛ أحدهما ، انْقِضاءُ عِدَّتِها ، فإن حَمَلَتْ من الزِّنَى فقضاءُ عِدَّتِها بوَضْعِه ، ولا يَحِلُّ نِكاحُها قبلَ وَضْعِه . وبهذا قال مالكٌ وأبو يوسفَ . وهو إحدى الرِّوايَتَيْنِ عن أبى حنيفةَ . وفى الأُخْرَى قال : يَحِلُّ نِكاحُها ويَصِحُّ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فلم يُحَرِّمِ النِّكاحَ ، كما لو لم تَحْمِلْ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ[11] الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقِى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »[12] . يعنى وَطْءَ الحَوامِلِ . وقولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ »[13] . صحيحٌ ، وهو عامٌّ ، ورُوِىَ عن سعيدِ ابن المُسَيَّبِ ، أنَّ رَجُلًا تزوَّجَ امرأةً ، فلما أصابَها وجَدَها حُبْلَى ، فرُفِعَ ذلك إلى النَّبِىِّ ﷺ ، ففَرَّقَ بينهما ، وجَعَلَ لها الصَّداقَ ، وجَلَدَها مائةً . روَاه سعيدٌ[14] . ورأَى النَّبِىُّ ﷺ

---

(٧) فى ب ، م : « الحرة » .

(٨) فى م زيادة : « الشافعى و » . وتقدم قول الشافعى .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى ا : « الجمع » .

(١١) فى ب : « وباليوم » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يشترى الجارية ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٠٨ ، ١٠٩ .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥٣ .

(١٤) فى : باب المرأة تزوج فى عدتها . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٨ . =

امرأةً مُجِحًّا[١٥] على بابِ فُسْطاطٍ ، فقال : لعَلَّه يُرِيدُ أنْ يُلِمَّ بِهَا ؟ قالوا : نعم . قال : « لَقَدْ هَمَمْتُ أنْ أَلْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرَهُ ، كَيْفَ يَسْتَخْدِمُه وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ أمْ كَيْفَ يُوَرِّثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ » . / أخرجه مسلمٌ[١٦] . ولأنَّها حامِلٌ من غيرِه ، فحُرِّمَ عليه نِكاحُها ، كسائرِ الحَوامِلِ . وإذا ثَبَتَ هذا لَزِمَتْها العِدَّةُ ، وحُرِّمَ عليها النِّكاحُ فيها ؛ لأنَّها فى الأصْلِ لمَعْرفةِ براءَةِ الرَّحِمِ ، ولأنَّها قبلَ العِدَّةِ يَحْتَمِلُ أن تكونَ حامِلًا ، فيكونَ نِكاحُها باطِلًا ، فلم يَصِحَّ ، كالمَوْطوءةِ بشُبْهةٍ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا عِدَّةَ عليها ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا تَصِيرُ به المرأةُ[١٧] فِراشًا ، فأشْبَهَ وَطْءَ الصَّغِيرِ . ولَنا ، ما ذكَرْناه ، ولأنَّه[١٨] إذا لم يَصِحَّ نكاحُ الحامِلِ ، فغيرُها أَوْلَى ، لأنَّ وَطْءَ الحامِلِ لا يُفْضِى إلى اشْتِباهِ النَّسَبِ[١٩] ، [٢٠]وغيرُها يَحْتَمِلُ[٢٠] أن يكونَ وَلَدُها من الأوَّلِ ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ من الثانى ، فيُفْضِى إلى اشْتِباهِ الأنْسابِ ، فكان بالتَّحْرِيمِ أَوْلَى ، ولأنَّه وَطْءٌ فى القُبُلِ ، فأوْجَبَ العِدَّةَ ، كوَطْءِ الشُّبْهةِ ، ولا نُسَلِّمُ وَطْءَ الصغيرِ الذى يُمْكِنُ منه الوَطْءُ . والشَّرْط الثانى ، أن تَتُوبَ من الزِّنَى ، [٢١]وبه قال[٢١] قَتادةُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ : لا يُشْتَرَطُ ذلك ؛ لما رُوِىَ أنَّ عمرَ ضَرَبَ رجلًا وامرأةً فى الزِّنَى ، وحَرَصَ أن يَجْمَعَ بينهما ، فأَبَى

٦٩/٧و

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩١ ، ٤٩٢ . والبيهقى ، فى : باب لا عدة على الزانية ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/١٥٧ .

(١٥) امرأة مجح : قريبة الولادة .

(١٦) فى : باب تحريم وطء الحامل المسبية ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٥ ، ١٠٦٦ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٧ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى م : « لأنه » .

(١٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٠ - ٢٠) فى ب ، م : « ويحتمل » .

(٢١ - ٢١) فى م : « قاله » .

الرجلُ[٢٢] . ورُوِىَ أنَّ رجلًا سأل ابنَ عباسٍ عن نِكاحِ الزَّانيةِ ، فقال : يجوزُ ، أرَأيتَ لو سَرَقَ من كَرْمٍ ، ثم ابْتاعَه ، أكان يَجُوزُ[٢٢] ؟ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ إلى قولِه : ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[٢٣] . وهى قبلَ التَّوْبةِ فى حُكْمِ الزِّنَى ، فإذا تابتْ زال ذلك ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ »[٢٤] . وقولِه : « التَّوْبَةُ تَمْحُو الْحُوبَةَ »[٢٥] . ورُوِىَ أنَّ مَرْثَدًا دَخَلَ مَكَّةَ ، فرأى امرأةً فاجرةً يُقال لها عَنَاقٌ ، فدَعَتْه إلى نَفْسِها ، فلم يُجِبْها ، فلما قَدِمَ المدينةَ سأل رسولَ اللهِ ﷺ ، فقال له[٢٦] : أَنْكِحُ عَنَاقًا ؟ فلم يُجِبْه ، [٢٧]فنزل قولُه[٢٧] تعالى : ﴿ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ . فدَعاهُ رسولُ اللهِ ﷺ ، فتَلَا عليه الآيةَ ، وقال : « لَا تَنْكِحْهَا »[٢٨] . ولأنَّها إذا كانت مُقِيمةً على الزِّنَى لم[٢٩] يَأْمَنْ أن تُلْحِقَ به [٣٠]ولدًا من[٣٠] غيرِه ، وتُفْسِدَ فِراشَه . فأمَّا حديثُ عمرَ ، فالظاهرُ أنَّه استتابَها . وحديثُ ابنِ عباسٍ ليس فيه بيانٌ ، ولا تَعَرُّضَ له لمَحَلِّ[٣١] النِّزاعِ . إذا ثَبَتَ

---

(٢٢) أخرجهما ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها ، من رخص فيه ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٤٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٣ ، ٢٠٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها . السنن ١ / ٢٢٤ . والبيهقى ، فى : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٥ .

(٢٣) سورة النور ٣ .

(٢٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ذكر التوبة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٤٢٠ .

(٢٥) الحوبة : الإثم .

والحديث أخرجه أبو نعيم ، فى : حلية الأولياء ١ / ٢٧٠ .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧–٢٧) فى م : « فأنزل الله » .

(٢٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قوله تعالى : ﴿ الزانى لا ينكح إلا زانية ﴾ ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٣ . والنسائى ، فى : باب تزويج الزانية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٤ ، ٥٥ .

(٢٩) فى ب : « لا » .

(٣٠–٣٠) فى م : « ولد » .

(٣١) فى الأصل ، ب : « بمحل » .

٦٩/٧ظ هذا فإنَّ عِدَّةَ الزَّانِيَةِ كعِدَّةِ المُطلَّقةِ ؛ لأنَّه استِبْراءٌ لحُرَّةٍ ، فأشْبَهَ / عِدَّةَ المَوْطوءةِ بشُبْهةٍ . وحكى ابنُ أبى موسى ، أنَّها تُستَبرأُ بحَيْضَةٍ ؛ لأنَّه ليس من نِكاحٍ ولا شُبْهةِ نكاحٍ ، فأشْبَهَ استِبْراءَ أُمِّ الوَلَدِ إذا عَتَقَتْ . وأمَّا التَّوبةُ ، فهى الاسْتِغْفارُ والنَّدَمُ والإِقْلاعُ عن الذَّنْبِ ، كالتَّوْبةِ من سائرِ الذُّنوبِ . ورُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه قِيلَ له : كيف تُعْرَفُ تَوْبَتُها ؟ قال : يُرِيدُها على ذلك ، فإن طاوَعَتْه فلم تَتُبْ ، وإن أبَتْ فقد تابتْ . فصار أحمدُ إلى قولِ ابن عمرَ اتِّباعًا له . والصحيحُ الأوَّلُ ، فإنَّه لا ينبغِى لمُسْلِمٍ أن يَدْعُوَ امرأةً إلى الزِّنَى ، ويَطْلُبَه منها ، ولأنَّ طَلَبَه ذلك منها إنَّما يكونُ فى خَلْوةٍ ، ولا تَحِلُّ الخَلْوةُ بأجْنَبِيَّةٍ ، ولو كان فى تَعْلِيمِها القرآنَ ، فكيف يَحِلُّ فى مُراوَدَتِها على الزِّنَى ! ثم لا يأْمَنُ إن أجابَتْه إلى ذلك أن تَعُودَ إلى المَعْصِيَةِ ، فلا يَحِلُّ للتَّعرُّضِ لمثل هذا ، ولأنَّ التَّوْبةَ من سائرِ الذُّنوبِ ، وفى حَقِّ سائرِ الناسِ ، وبالنِّسْبةِ إلى سائرِ الأحكامِ ، على غيرِ هذا الوَجْهِ ، فكذلك يكونُ[٣٢] هذا .

فصل : وإذا وُجِدَ الشَّرْطانِ حَلَّ نِكاحُها للزَّانِى وغيرِه ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم : أبو بكرٍ ، وعمرُ ، وابْنُه[٣٣] ، وابنُ عباسٍ ، [٣٤]وجابرٌ ، وسعيد بن المُسَيَّبِ ، وطَاوُسٌ[٣٤] ، وجابرُ بن زَيْدٍ ، وعطاءٌ ، والحَسَنُ ، وعِكْرِمَةُ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ ، والبَراءِ بن عازِبٍ ، وعائشةَ ، أنَّها لا تَحِلُّ للزَّانِى بحالٍ ، قالوا : لا يَزالانِ زانِيَيْنِ ما اجْتَمَعَا ؛ لعُمُومِ الآيةِ والخَبرِ[٣٥] . ويَحْتَمِلُ أنَّهم أرادُوا بذلك ما كان قبلَ التَّوْبةِ ، أو قبلَ اسْتِبْرائِها ،

---

(٣٢) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤–٣٤) سقط من : م .

(٣٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها . السنن ١ / ٢٢٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أن يتزوجها ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٥١ . =

فيكونُ كقَوْلِنا . فأمَّا تَحْرِيمُها على الإِطْلاقِ فلا يَصِحُّ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوالِكُمْ ﴾[٣٦] . ولأنَّها مُحَلَّلةٌ لغيرِ الزانِى ، فحَلَّتْ له ، كغيرِها .

فصل : وإن زَنَتِ امرأةُ رَجُلٍ ، أو زَنَى زَوْجُها ، لم يُفْسَخِ[٣٧] النِّكاحُ ، سواءٌ كان قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وبذلك قال مجاهدٌ ، وعطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وعن جابرِ بن عبدِ اللهِ ، أنَّ المرأةَ إذا زَنَتْ يُفَرَّقُ بينهما ، وليس لها شىءٌ . وكذلك رُوِىَ عن الحسنِ . وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه فَرَّقَ بين رَجُلٍ وامْرَأَتِه زَنَى قبلَ [٣٨]أن يدْخُلَ[٣٨] بها[٣٩] . واحْتجَّ لهم بأنَّه لو قَذَفَها / ولَاعَنَها بانَتْ منه ؛ لتَحْقِيقِه[٤٠] الزِّنَى عليها ، فدَلَّ على أن الزِّنَى يُبِينُها[٤١] . ولَنا ، أنَّ دَعْواه الزِّنَى عليها لا يُبِينُها ، ولو كان النكاحُ يَنْفَسِخُ به لَانْفَسَخَ بمُجَرَّدِ دَعْواه ، كالرَّضاعِ ، ولأنَّها مَعْصِيَةٌ لا تُخْرِجُ عن الإِسلامِ ، فأشْبَهَتِ السَّرِقةَ ، فأمَّا اللِّعانُ فإنه يَقْتَضِى الفَسْخَ بدُونِ الزِّنَى ، بدَليلِ أنَّها إذا لَاعَنَتْه فقد قابَلَتْه ، فلم يَثْبُتْ زِناها ، ولذلك أوْجَبَ النَّبِىُّ ﷺ الحَدَّ على مَنْ قَذَفَها ، والفَسْخُ واقِعٌ . ولكنَّ أحمدَ اسْتَحَبَّ للرَّجُلِ مُفارَقَةَ امْرأتِه إذا زَنَتْ ، وقال : لا أَرَى أن يُمْسِكَ مثلَ هذه . وذلك أنَّه لا يُؤْمَنُ أن تُفْسِدَ فِراشَه ، وتُلْحِقَ به وَلَدًا ليس منه . قال ابنُ المُنْذِرِ : لَعَلَّ من كَرِهَ هذه

٧٠/٧ و

= كما أخرجه عبد الرزاق ، عن ابن مسعود وعائشة ، فى : باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٣٦) سورة النساء ٢٤ .

(٣٧) فى الأصل ، ب : « ينفسخ » .

(٣٨–٣٨) فى م : « الدخول » .

(٣٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٦ .

(٤٠) فى الأصل : « لحقيقة » .

(٤١) فى م : « بينهما » .

المرأةَ إنَّما كَرِهَها على غيرِ وَجْهِ التَّحْرِيمِ ، فيكونُ مثلَ قولِ أحمدَ هذا . قال أحمدُ : ولا يَطَؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها بثلاثِ حِيَضٍ . وذلك لما رَوَى رُوَيْفِعُ بن ثابتٍ ، قال : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ[42] يَوْمَ حُنَيْن : « لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ والْيَوْمِ الْآخَرِ يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »[43] . يعنى إتْيانَ الحَبَالَى . ولأنَّها ربَّما تأتِى بوَلَدٍ من الزِّنَى فيُنْسَبُ إليه . والأَوْلَى أنه يَكْفِى اسْتِبْراؤُها [44] بحَيْضَةٍ واحدةٍ[44] ؛ لأنَّها تكْفِى فى اسْتِبْراءِ الإماءِ ، وفى أُمِّ الوَلَدِ إذا عَتَقَتْ بمَوْتِ سَيِّدِها ، أو بإعْتاقِ سَيِّدِها ، فيَكْفِى هٰهُنا ، والمَقْصودُ[45] هٰهُنا مُجَرَّدُ الاسْتِبْراءِ ، وقد حَصَلَ بحَيْضَةٍ فيُكْتَفَى بها .

فصل : وإذا عَلِمَ الرجلُ من جارِيَتِه الفُجُورَ ، فقال أحمدُ : لا يَطَؤُها ؛ لعَلَّها تُلْحِقُ به وَلَدًا ليس منه . قال ابنُ مسعودٍ : أَكْرَهُ أن أَطَأَ أَمَتِى وقد بَغَتْ[46] . وروى مالكٌ ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّه كان يَنْهَى أن يَطَأَ الرجلُ أَمَتَه وفى بَطْنِها ولدٌ جَنِينٌ لغيرِه[47] . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا مُجْمَعٌ على تَحْرِيمه . وكان ابنُ عباسٍ يُرَخِّصُ فى وَطْءِ الأَمَةِ الفاجِرَةِ[48] . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ . ولعل مَنْ كَرِه ذلك كَرِهَه قبلَ الاسْتِبْراءِ ، أو إذا لم يُحَصِّنْها ويَمْنَعْها[49] من الفُجُورِ ، ومَن أباحَهُ[50] بعدَهما ، فيكونُ القَوْلانِ مُتَّفِقَيْنِ . والله تعالى أعلم .

---

(٤٢) فى الأصل ، م : « يقوم » .

(٤٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٦١ .

(٤٤-٤٤) فى م : « بالحيضة الواحدة » .

(٤٥) فى م : « والمنصوص » .

(٤٦) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ .

(٤٧) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يشترى الجارية وهى حامل ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٧٠ .

(٤٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ ، ٥٩ .

(٤٩) فى م : « أو يمنعها » .

(٥٠) سقط من : م .

١١٦٤ - مسألة؛ قال: (وَمَنْ خطَبَ امْرَأَةً، فَلَمْ تَسْكُنْ إلَيْه، فَلِغَيْرِه خِطْبَتُهَا)

الخِطْبَةُ، بالكَسْرِ: خِطْبَةُ الرَّجُلِ المرأةَ لِيَنْكِحَها. والخُطْبَةُ، بالضَّمِّ: هى حَمْدُ اللهِ، والتَّشَهُّد؛ / ولا يَخْلُو حالُ المَخْطوبةِ من ثلاثةِ أقسامٍ: ٧٠/٧ ظ

أحدها: أن تَسْكُنَ إلى الخاطبِ لها، فتُجِيبَه، أو تأْذَنَ لِوَلِيِّها فى إجابَتِه أو تَزْوِيجِه، فهٰذه يَحْرُمُ على غيرِ خاطِبِها خِطْبَتُها؛ لما رَوَى ابنُ عمرَ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال: «لَا يَخْطُبْ أَحَدُكُم عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ». وعن أبى هريرةَ، عن النبى ﷺ قال: «لا يَخْطُبْ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكِحَ أو يَتْرُكَ». مُتَّفَقٌ عليهما[1]. ولأنَّ فى ذلك إفْسادًا على الخاطِبِ الأوَّلِ، وإيقاعَ العَداوةِ بين النَّاسِ، ولذلك نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن بَيْعِ الرَّجُلِ على بَيْعِ أخِيه. ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا بين أهلِ العلمِ، إلَّا أن قَوْمًا حَمَلُوا النَّهْىَ على الكَرَاهةِ، والظَّاهِرُ أَوْلَى.

القسم الثانى: أن تَرُدَّهُ أو لا تَرْكَنَ إليه. فهٰذه يَجُوزُ خِطْبَتُها؛ لما رَوَتْ فاطمةُ بنت قَيْسٍ، أنَّها أتَتِ النَّبِىَّ ﷺ، فذَكَرَتْ أنَّ مُعَاوِيَةَ وأبا جَهْمٍ خَطَبَاها، فقال رسولُ اللهِ ﷺ: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَه، وأَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، أَنْكِحِى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ». مُتَّفَقٌ عليه[2]. فخَطَبَها النَّبِىُّ ﷺ بعد إخْبارِها إيَّاه بخِطْبَةِ مُعاوِيةَ وأبى جَهْمٍ لها، ولأنَّ تحريمَ خِطْبَتِها على هذا الوَجْهِ إضرارٌ بها، فإنَّه لا يشاءُ أحدٌ أن يَمْنَعَ المرأةَ النكاحَ إلَّا مَنَعَها بخِطْبَتِه إيَّاها، وكذلك لو عَرَّضَ لها فى عِدَّتِها بالخِطْبَةِ، فقال: لا تُفَوِّتِينِى بنَفْسِكِ. وأشْباهِ هذا، لم تَحْرُمْ خِطْبَتُها؛ لأنَّ فى قِصَّةِ فاطمةَ أنَّ النبىَّ ﷺ

---

(١) تقدم تخريجهما فى ٦ / ٣٠٦، ٣٠٧. ويعدل فى تخريج الأول صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٨ إلى ٢ / ١٠٢٩. وعارضة الأحوذى ١ / ٤٨٠ إلى ٥ / ٧٠.

(٢) قصة فاطمة بنت قيس تقدم تخريجها فى: ٦ / ٣٠٧.

ويضاف إليه: أخرجها البخارى، فى: باب قصة فاطمة بنت قيس، من كتاب الطلاق. صحيح البخارى ٧ / ٦٤، ٧٥. ومسلم، فى: باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، من كتاب الطلاق. صحيح مسلم ٢ / ١١١٤.

كما أخرجه الدارمى، فى: باب النهى عن خطبة الرجل على خطبة أخيه، من كتاب النكاح. سنن الدارمى ٢ / ١٣٥، ١٣٦. والإمام أحمد، فى: المسند ٦ / ٤١٢.

قال لها : « لَا تَفُوتِينَا بنَفْسِكِ » . ولم يُنْكِرْ خِطْبَةَ أبى جَهْمٍ ومُعاويةَ لها . وذَكَرَ ابنُ عبدِ البَرِّ ، أنَّ ابنَ وَهْبٍ رَوَى بإسْنادِه عن الحارثِ بن سعدِ بن أبى ذُبَابٍ[3] ، أنَّ عمرَ بن الخطابِ خَطَبَ امرأةً على جَرِيرِ بن عبدِ الله ، وعلى مَرْوانَ بن الحَكَمِ ، وعلى عبدِ الله بن عمرَ ، فدَخَلَ على المرأةِ وهى جالِسةٌ فى بَيْتِها ، فقال عمرُ : إن جَرِيرَ بنَ عبدِ الله يَخْطُبُ ، وهو سَيِّدُ أهْلِ المَشْرِقِ ، ومراونَ يَخْطُبُ ، وهو سَيِّدُ شبابِ قُرَيْشٍ ، وعبدَ الله بن عُمَرَ يخْطُب[4] ، وهو مَنْ قد عَلِمْتُمْ ، وعمرَ بن الخَطَّابِ ، فكَشَفَتِ المرأةُ السِّتْرَ ، فقالت : أجادٌّ أميرُ المؤمنينَ ؟ فقال : نعم . فقالت : فقد أنْكحتُ أميرَ المؤمنينَ ، فأنْكحُوه[5] . فهذا عمرُ قد خَطَبَ على واحدٍ بعدَ واحدٍ ، قبلَ أن يَعْلَمَ ما تقولُ المرأةُ فى الأَوَّلِ .

٧١/٧و القسم الثالث : أن يُوجَدَ من المرأةِ ما يَدُلُّ على الرِّضَى والسُّكُونِ ، / تَعْرِيضًا لا تَصْرِيحًا ، كقَوْلِها : ما أنْتَ إلَّا رِضًى ، وما عَنْكَ رَغْبَةٌ . فهذه فى حُكْمِ القسمِ الأول ، لا يَحِلُّ لغيرِه خِطْبَتُها . هذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ، وظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال : إذا رَكَنَ بعضُهم إلى بعضٍ ، فلا يَحِلُّ لأحدٍ أن يَخْطُبَ . والرُّكُونُ يُستَدَلُّ عليه بالتَّعْرِيضِ تارةً ، وبالتَّصْرِيحِ أُخْرَى . وقال القاضى : ظاهرُ كلامِ أحمدَ إباحةُ خِطْبَتِها . وهو مذهبُ الشافعىِّ فى الجديدِ ؛ لحديثِ فاطمةَ ، حيثُ خَطَبَها النَّبىُّ ﷺ . وزَعَمُوا أنَّ الظاهرَ من كلامِها رُكُونُها إلى أحَدِهِما . واستدلَّ القاضى بخِطْبَتِه لها قبلَ سُؤالِها هل وجدَ منها ما دَلَّ[6] على الرِّضَى أو لا ؟ ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السلام : « لا يَخْطُبْ

---

(٣) فى ا ، ب ، م : « ديان » .

وذكر الذهبى ، فى المشتبه ٢٨٣ سعد بن أبى ذباب ، وقال : له صحبة . ومن ذريته الحارث بن عبد الرحمن بن أبى ذباب المدنى . وترجمه ابن حجر ، فى تهذيب التهذيب ٢ / ١٤٧ . فسماه : الحارث بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد بن أبى ذباب . فلعله ما هنا .

(٤) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٥) عزاه ابن كثير إلى ابن عساكر . انظر البداية والنهاية ٨ / ٢٥٧ .

(٦) فى ا : « يدل » .

أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . ولأنَّه وجد منها ما دَلَّ على الرِّضَى به ، وسُكُونِها إليه ، فحَرُمَتْ خِطْبَتُها ، كما لو صرَّحَتْ بذلك . وأما حديثُ فاطمةَ فلا حُجَّةَ لهم فيه ، فإنَّ فيه ما يَدُلُّ على أنَّها لم تَرْكَنْ إلى واحدٍ منهما ، من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد كان قال لها : « لَا تَسْبِقِينِي بِنَفْسِكِ » . وفى لفظ : « لَا تُفُوتِينَا[7] بِنَفْسِكِ » . وفى روايةٍ[8] : « إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِي » . فلم تَكُنْ لتَفْتاتَ بالإجابةِ قبلَ أن تُؤْذِنَ رسولَ الله ﷺ . والثانى ، أنَّها ذَكَرَتْ ذلك لرسولِ الله ﷺ ، كالمُسْتَشِيرةِ له فيهما ، أو فى العُدُولِ عنهما [9]إلى غيرِهما[9] ، وليس فى الاسْتِشارةِ دليلٌ على تَرْجِيحِ أحدِ الأَمْرَيْنِ ، ولا مَيْلٍ إلى أحَدِهما ، على أنَّها إنَّما ذكَرَتْ ذلك للنبىِّ ﷺ لتَرْجِعَ إلى قولِه ورَأْيِه ، وقد أشارَ عليها بتَرْكِهما ؛ لما ذكَر[10] من عَيْبِهما ، فجَرَى ذلك مَجْرَى رَدِّها لهما ، وتَصْرِيحِها بمَنْعِهما . ومن وَجْهٍ آخرَ ، وهو[11] أنَّ النبىَّ ﷺ قد سَبَقَهما بخِطْبَتِها تَعْرِيضًا ، بقولِه لها ما ذكَرْنا ، فكانت خِطْبَتُه بعدَهما مَبْنِيَّةً على الخِطْبَةِ السابقةِ لهما ، بخلافِ ما نحن فيه .

فصل : والتَّعْويلُ فى الرَّدِّ والإِجابةِ على الوَلِىِّ إن كانت مُجْبَرَةً ، وعليها إن لم تَكُنْ مجبرةً ؛ لأنَّها أحَقُّ بنَفْسِها من وَلِيِّها ، ولو أجابَ هو ، ورَغِبَتْ عن النكاحِ ، كان الأَمْرُ أَمْرَها . وإن أجابَ وَلِيُّها ، فرَضِيَتْ ، فهو كإجابَتِها ، وإن سَخِطَتْ فلا حُكْمَ لإِجَابَتِه ؛ لأنَّ الحَقَّ لها . ولو أجابَ[12] الوَلِىُّ فى حَقِّ المُجْبَرَةِ ، فكَرِهَتْ المُجابَ ، واخْتارَتْ غيرَه ، سَقَطَ حكمُ إجابةِ وَلِيِّها ، لكَوْنِ اخْتيارِها مُقَدَّمًا على اخْتيارِه . وإن كَرِهَتْه ولم تُجِزْ سِواهُ ، فيَنْبَغِى أن / يَسْقُطَ حكمُ الإِجابةِ أيضا ؛ لأنَّه قد أُمِرَ باسْتِئْمارِها ، ٧١/٧ ظ

(٧) فى م : « تفوتينى » .

(٨) فى ا : « لفظ » .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) فى م : « ذكرنا » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى الأصل : « أجاز » .

فلا ينبغى له أن يُكْرِهَها على من[13] لا تَرْضاه . وإن أجابَتْه[14] ، ثم رَجَعَتْ عن الإجابةِ وسَخِطَتْه ، زال حكمُ الإجابةِ ؛ لأنَّ لها الرُّجوعَ . وكذلك إذا رَجَعَ الوَلِىُّ المُجْبِرُ عن الإجابةِ ، زال حُكْمُها ؛ لأنَّ له النَّظَرَ فى أمْرِ مُوَلِّيَتِه ، ما لم يَقَعِ العَقْدُ . وإن لم تَرْجِعْ هى ولا وَلِيُّها ، لكنْ[15] تَرَكَ الخاطِبُ الخِطْبَةَ ، أو أذِنَ فيها ، جازت خِطْبَتُها ؛ لما رُوِىَ فى حديثِ ابن عمرَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى أن يَخْطُبَ الرَّجُلُ على خِطْبةِ أخِيه ، حَتَّى يَأْذَنَ[16] أو يَتْرُكَ . رواه البُخارِىُّ .

فصل : وخِطْبَةُ الرَّجُلِ على خِطْبةِ أخِيه فى موضعِ النَّهْىِ مُحَرَّمةٌ . قال أحمدُ : لا يَحِلُّ لأحدٍ أن يَخْطُبَ فى هذه الحالِ . وقال أبو حَفْص[17] العُكْبَرِىُّ : هى مكروهةٌ غيرُ محرمةٍ ، وهذا نَهْىُ تأْدِيبٍ لا تَحْرِيمٍ . ولَنا ، ظاهرُ النَّهْىِ ، فإنَّ مُقْتَضاهُ التَّحْرِيمُ ، ولأنَّه نَهْىٌ عن الإضْرارِ بالآدَمِىِّ المَعْصُومِ ، فكان على التَّحْرِيمِ ، كالنَّهْىِ عن أكْلِ مالِه وسَفْكِ دَمِه ، فإن فَعَلَ فنِكاحُه صحيحٌ . نص عليه أحمدُ فقال : لا يُفَرَّقُ[18] بينهما . وهو[19] مذهبُ الشافعىِّ . ورُوِىَ عن مالكٍ وداودَ ، أنَّه لا يَصِحُّ . وهو قياسُ قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه قال فى البَيْعِ على بَيْعِ أخِيه : هو باطِلٌ . وهذا فى معناه ، ووَجْهُه أنَّه نِكاحٌ مَنْهِىٌّ عنه ، فكان باطِلًا كنِكاحِ الشِّغَارِ . ولَنا ، أنَّ المُحَرَّمَ لم يُقارِنِ[20] العَقْدَ ، فلم يُؤثِّرْ فيه ، كما لو صَرَّحَ بالخِطْبةِ فى العِدَّةِ .

---

(13) فى ب ، م : « ما » .

(14) فى الأصل ، ب : « أجابت » .

(15) فى م : « ولكن » .

(16) فى م زيادة : « له » .

(17) فى م : « أبو جعفر » . وتقدم فى : 1 / 141 .

(18) فى ب : « تفريق » .

(19) فى ا ، ب : « وهذا » .

(20) فى ب ، م : « يفارق » .

فصل : ولا يُكْرَه للوَلِىِّ الرُّجُوعُ عن الإجابةِ ، إذا رأى المصلحةَ لها فى ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لها ، وهو نائِبٌ عنها فى النَّظَرِ لها ، فلم[21] يُكْرَهْ له الرُّجوعُ الذى رأَى المصلحةَ فيه ، كما لو ساوَمَ فى بَيْعِ دارِها ، ثم تَبيَّنَ له المصلحةُ فى تَرْكِها . ولا يُكْرَه لها أيضا الرجوعُ إذا كَرِهَتِ الخاطِبَ ؛ لأنَّه عَقْدُ عُمْرٍ[22] يَدُومُ الضَّرَرُ فيه ، فكان لها الاحْتِياطُ لِنَفْسِها ، والنَّظَرُ فى حَظِّها . وإن رَجَعَا عن ذلك لغيرِ غَرَضٍ[23] ، كُرِهَ ؛ لما فيه من إخْلافِ الوَعْدِ ، والرُّجُوعِ عن القَوْلِ ، ولم يُحَرَّمْ ؛ لأنَّ الحقَّ بعدُ لم يَلْزَمْهُما[24] ، كمَن [25]ساوَمَ بسِلْعَتِه[25] ، ثم بَدَا له أن لا يَبِيعَها .

فصل : فإن كان الخاطبُ الأوَّلُ ذِمِّيًّا ، لم تُحَرَّمِ الخِطْبَةُ على خِطْبَتِه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : لا يَخْطُبُ على خِطْبَةِ أخِيه ، ولا يُساوِمُ على سَوْمِ أخيه ، إنَّما هو للمُسْلِمينَ ، ولو خَطَبَ على خِطْبَةِ يَهُودِىٍّ أو نَصْرانىٍّ ، أو اسْتامَ على سَوْمِهم ، لم يَكُنْ داخلًا فى ذلك ؛ لأنَّهم ليسوا بإخْوَةٍ للمُسْلِمينَ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا يجوزُ أيضا ؛ لأنَّ / هذا خَرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ ، لا لِتَخْصِيصِ المُسْلِمِ به . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ النَّهْيِ خاصٌّ فى المسلمينَ ، وإلْحاقُ غيرِه به إنَّما يَصِحُّ إذا كان مِثْلَه ، وليس الذِّمِّىُّ كالمُسْلِمِ ، ولا حُرْمَتُه كحُرْمَتِه ، ولذلك لم تَجِبْ إجابَتُهم فى دَعْوةِ الوَلِيمةِ ونحوِها . وقولُه : خرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ . قُلْنا : متى كان فى المَخْصُوصِ بالذِّكْرِ مَعْنًى يصْلُحُ[26] أن يُعْتَبَرَ فى الحُكْمِ ، لم يَجُزْ حَذْفُه ولا تَعْدِيَةُ الحُكْمِ بدُونِه ، [27]والأُخُوَّةُ الإسْلامِيَّةُ لها[27] تأْثِيرٌ فى وُجُوبِ

٧٢/٧و

---

(٢١) فى م : « فلا » .

(٢٢) فى م : « عمرى » .

(٢٣) فى ا ، ب : « عذر » .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « يلزمها » .

(٢٥-٢٥) فى م : « سام سلعة » .

(٢٦) فى م : « يصح » .

(٢٧-٢٧) فى م : « وللأخوة الإسلامية » .

الاحْتِرامِ ، وزيادةِ الاحْتِياطِ فى رِعايةِ حُقُوقِه ، وحِفْظِ قَلْبِه ، واسْتِبْقاءِ مَوَدَّتِه ، فلا يجوزُ خِلافُ[28] ذلك . واللهُ أعلم .

١١٦٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ عَرَّضَ لَهَا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، بِأَنْ يَقُولَ : إنِّى فِي مِثْلِكِ لَرَاغِبٌ . وَإنْ قُضِيَ شَيْءٌ كَانَ . ومَا أَشْبَهَهُ مِنَ الْكَلَامِ ، مِمَّا يَدُلُّهَا[1] عَلَى رَغْبَتِهِ فِيهَا ، فَلَا بَأْسَ إذَا لَمْ يُصَرِّحْ)

وجملةُ ذلك أن المُعْتَدَّاتِ[2] على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ مُعْتَدَّةٌ من وَفاةٍ ، أو طَلَاقٍ ثلاثٍ ، أو فَسْخٍ لِتَحْرِيمِها على زَوْجِها ، كالفَسْخِ بِرَضَاعٍ ، أو لِعَانٍ ، أو نحوِه[3] ممَّا لا تَحِلُّ بعدَهُ[4] لِزَوْجِها ، فهذه يجوزُ التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها فى عِدَّتِها ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَاءِ ﴾[5] . ولما رَوَتْ فاطِمةُ بنتُ قَيْسٍ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قال لها لَمَّا طَلَّقَها زَوْجُها ثَلاثًا : « إذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِى » . وفى لفظ : « لَا تَسْبِقِينِى بنَفْسِكِ » . وفى لفظ : « لَا تُفَوِّتِينَا بنَفْسِكِ »[6] . وهذا تَعْرِيضٌ بخِطْبَتِها فى عِدَّتِها . ولا يجوزُ التَّصْرِيحُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لما خَصَّ التَّعْرِيضَ بالإباحةِ[7] ، دَلَّ على تَحْرِيمِ التَّصْرِيحِ ، ولأنَّ التَّصْرِيحَ لا يَحْتَمِلُ غيرَ النِّكاحِ ، فلا يُؤْمَنُ أن يَحْمِلَها الحِرْصُ عليه على الإخْبارِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها قبلَ انْقِضائِها ، والتَّعْرِيضُ بخِلافِه . القسم الثانى ، الرَّجْعِيَّةُ ، فلا يَحِلُّ لأحدٍ التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها ، ولا التَّصْرِيحُ ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ ، فهى كالتى

---

(٢٨) فى ا ، ب : « صرف » .

(١) فى الأصل : « يدل » . وفى ب : « يدله » .

(٢) فى م : « المعتقدات » .

(٣) فى ا ، ب : « ونحوه » .

(٤) فى م : « بعد » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٦) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

(٧) فى الأصل : « بالإجابة » .

فى صُلْبِ نِكاحِه . القسم الثالث ، بائِنٌ يَحِلُّ لزَوْجِها نِكاحُها ، كالمُخْتَلِعةِ ، والبائِنِ بفَسْخٍ[8] لعَيْبٍ[9] أو إعسارٍ ونحوِه ، فلِزَوْجِها التَّصْريحُ بخِطْبَتِها والتعريضُ ؛ لأنَّها مُباحٌ[10] له نِكاحُها فى عِدَّتها ، فهى كغيرِ المُعْتَدَّةِ . وهل يجوزُ لغيرِه التَّعْريضُ بخِطْبَتِها ؟ فيه وَجْهان . وللشافعىِّ فيه أيضا قَوْلان ؛ أحدهما ، يجوزُ ؛ لعُمُومِ الآيةِ ، ولأنَّها بائِنٌ فأشْبَهَتِ المُطلَّقةَ ثلاثًا . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ أن يَسْتَبِيحَها ، فهى كالرَّجْعِيَّةِ . والمَرْأةُ فى الجَوابِ ، كالرجلِ فى الخِطْبةِ ، فيما يَحِلُّ ويَحْرُمُ ؛ لأنَّ الخِطْبَةَ للعَقْدِ ، فلا يختلفان فى حِلِّه وحُرْمَتِه ؛ / إذا ثَبَتَ هذا ، فالتَّعْريضُ أن يقولَ : إنِّى فى مِثْلِكِ لرَاغِبٌ . ورُبَّ راغبٍ فيكِ . وقال القاسمُ بن محمدٍ : التَّعْريضُ أن يقولَ : إنَّكِ عَلَىَّ لكَرِيمةٌ . وإنِّى فيكِ لرَاغبٌ . وإنَّ اللهَ لسائِقٌ إليكِ خَيْرًا أو رِزْقًا . وقال الزُّهْرِىُّ : أنتِ جَمِيلةٌ . وأنتِ مَرْغُوبٌ فيكِ . وإن قال : لا تَسْبِقِينا بنَفْسِكِ . أو لا تُفَوِّتِينَا بنَفْسِكِ . أو إذا حَلَلْتِ فآذِنِينِى . ونحو ذلك ، جازَ . قال مجاهدٌ : مات رجلٌ ، وكانت امرأتُه تَتْبَعُ الجِنازةَ ، فقال لها[11] رَجُلٌ : لا تَسْبِقِينا بنَفْسِكِ . فقالتْ : سَبَقَكَ غيرُكَ . وتُجِيبُه المرأةُ : إن قُضِىَ شىءٌ كان .. وما نَرْغَبُ عنك . وما أشْبَهَه .

ط ٧٢/٧

والتَّصريحُ : هو اللفظُ الذى لا يَحْتَمِلُ غيرَ النكاحِ ، نحو أن يقولَ : زَوِّجِينى نَفْسَكِ . أو إذا[12] انْقَضَتْ عِدَّتُكِ تَزَوَّجْتُكِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ هذا معنَى قولِه تعالى : ﴿ وَلَٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾[13] . فإنَّ النكاحَ يُسَمَّى سِرًّا ، قال الشاعر[14] :

فلَنْ تَطْلُبُوا سِرَّهَا لِلْغِنَى ... ولن تُسْلِمُوها لإِزْهادِهَا[15]

---

(٨) فى النسخ : « بفسخ » .

(٩) فى م : « لغيبة » .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « مباحة » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى الأصل ، ا ، ب : « وإذا » .

(١٣) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٤) هو الأعشى ، والبيت فى ديوانه ٧٥ .

(١٥) فى م : « سرها للفتى » . ومعنى إزهادها : زهدا فيها لفقرها .

وقال الشافعىُّ : السِّرُّ : الجِماعُ[١٦] . وأنشد لِامْرِئِ القَيْسِ :

أَلَا زَعَمَتْ بَسْبَاسَةُ القَوْمِ أَنَّنِى كَبِرْتُ وأن لا يُحْسِنَ السِّرَّ أَمْثالِى[١٧]

ومُواعَدَةُ السِّرِّ أن يقولَ : عندِى جماعٌ يُرْضِيكِ . ونحوه ، وكذلك إن قال : رُبَّ جماعٍ يُرْضِيكِ . فنُهِىَ عنه لما فيه من الهُجْرِ والفُحْشِ والدَّناءةِ والسُّخْفِ .

فصل : فإن صَرَّحَ بالخِطْبةِ ، أو عَرَّضَ فى موضعٍ يَحْرُمُ[١٨] التعريضُ ، ثم تَزَوَّجَها[١٩] بعدَ حِلِّها ، صَحَّ نِكاحُه . وقال مالكٌ : يُطَلِّقُها تطليقةً ، ثم يتزوَّجُها . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ هذا المُحَرَّمَ لم يُقارِنْ[٢٠] العَقْدَ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه ، كما فى النِّكاحِ الثانى ، أو كما لو رآها مُتَجَرِّدةً ثم تزوَّجَها .

فصل : ويَحْرُمُ على العبدِ نِكاحُ سَيِّدَتِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ نِكاحَ المرأةِ عَبْدَها باطِلٌ . وروى الأثْرَمُ ، بإسنادِه عن أبى الزُّبَيْرِ ، قال : سألتُ جابرًا عن العَبْدِ يَنْكِحُ سَيِّدَتَه ، فقال : جاءتِ امرأةٌ إلى عمرَ بن الخَطَّابِ ، ونحن بالجابِيَةِ[٢١] ، وقد نَكَحَتْ عَبْدَها ، فانْتَهرَها عمرُ ، وهَمَّ أن يَرْجُمَها ، وقال : لا يَحِلُّ لكِ[٢٢] . ولأنَّ أحكامَ النِّكاحِ مع أحكامِ المِلْكِ[٢٣] يتنافَيانِ ، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَقْتَضِى أن يكونَ الآخرُ بحُكْمِه ، يُسافِرُ بسَفَرِه ، ويُقيمُ بإقامَتِه ، ويُنْفِقُ عليه ، فيتَنافَيان .

---

(١٦) فى ب : « النكاح » .
(١٧) البيت فى ديوانه ٢٨ . وفيه : « بسباسة اليوم وبسباسة : امرأة عيرته بالكبر .
(١٨) فى الأصل : « تحريم » .
(١٩) فى م : « تزويجها » .
(٢٠) فى ا ، ب : « يفارق » .
(٢١) الجابية : قرية من أعمال دمشق ، ثم من أعمال الجيدور من ناحية الجولان . معجم البلدان ٢ / ٣ .
(٢٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب النكاح وملك اليمين لا يجتمعان ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المرأة تزوج عبدها ، السنن ١ / ١٩٢ .
(٢٣) فى الأصل : « المملوك » .

فصل : وليس للسَّيِّدِ أن يتزوَّجَ أَمَتَه ؛ لأنَّ مِلْكَ الرَّقَبةِ يُفِيدُ مِلْكَ المَنْفَعةِ ، وإباحةَ البُضْعِ ، فلا يَجْتَمِعُ معه عَقْدٌ أضْعَفُ منه . ولو مَلَكَ زَوْجَتَه وهى أَمَةٌ ، / انْفَسَخَ نِكاحُها . وكذلك لو مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها ، انفسخَ نِكاحُها . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا[٢٤] . ولا يجوزُ أن يتزوَّجَ أَمَةً له فيها مِلْكٌ . ولا يتزوَّجُ مُكاتَبَتَه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَته .

٧٣/٧و

فصل : ولا يجوزُ للحُرِّ أن يتزوَّجَ أَمَةَ ابنِه ؛ لأنَّ له فيها شُبْهةَ مِلْكٍ[٢٥] . وهذا قولُ أهلِ الحجازِ . وقال أهلُ العِراقِ : له ذلك ؛ لأنَّها ليستْ مملوكةً له ، ولا تُعْتَقُ بإعْتاقِه لها . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ »[٢٦] . ولأنَّه لو مَلَكَ جُزْءًا من أَمَةٍ ، لم يَصِحَّ نِكاحُه لها ، فما هى مُضافةٌ إليه بجُمْلَتِها شَرْعًا أَوْلَى بالتحريمِ . وكذلك لا يجوزُ للعبدِ نِكاحُ أُمِّ سَيِّدِه أو سَيِّدَتِه[٢٧] ، مع ما ذكَرْنا من الخِلافِ . ويجوزُ للعبدِ [٢٨]أن يتزوَّجَ[٢٨] أَمَةَ ابْنِه ؛ لأنَّ الرِّقَّ قطَعَ[٢٩] وِلايتَه عن أبيه ومالِه ، ولهذا لا يَلِى مالَه ولا نِكاحَه ، ولا يَرِثُ أحَدُهما صاحِبَه ، فهو كالأجْنَبِىِّ منه .

فصل : وللابْنِ نِكاحُ أَمَةِ أبيه ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فيها ، ولا شُبْهةَ مِلْكٍ ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ ، وكذلك سائرُ القَراباتِ . ويجوزُ أن يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابنتَه لمَمْلُوكِهِ ، إذا قُلْنا : ليست الحُرِّيَّةُ شَرْطًا فى الصِّحَّةِ . ومتى ماتَ الأبُ ، فورِثَ أحَدُ الزَّوْجينِ صاحِبَه ، أو جُزْءًا منه ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . وكذلك إن مَلَكَه أو جُزْءًا منه بغيرِ الإرْثِ . لا نعلمُ فيه خِلافًا ، إلَّا أنَّ الحسنَ قال : إذا اشْتَرَى امرأتَه لِلْعِتْقِ ، فأعْتَقَها حينَ مَلَكَها ، فهما على نِكاحِهما . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّهما مُتَنافِيَانِ ، فلا يَجْتَمِعانِ قليلًا ولا كثيرًا ، فبِمُجَرَّدِ

---

(٢٤) فى ا ، ب : « اختلافا » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .

(٢٧) فى الأصل : « ولا سيدته » .

(٢٨-٢٨) فى الأصل : « نكاح » .

(٢٩) فى م : « يقطع » .

المِلْكِ لها انْفَسَخَ نِكاحُه سابقًا على عِتْقِها . وحُكْمُ المُكاتَبِ يتزوَّجُ بِنْتَ سيِّدِه أو سيِّدَتِه ، حكمُ العبدِ ، فى أنَّه إذا مات سيِّدُه ، انْفَسَخَ نِكاحُه . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : النِّكاحُ بحالِه ؛ لأنَّها لم[30] تَمْلِكْه ، إنَّما لها عليه دَيْنٌ. وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ »[31] . ولأنَّه لو زال المِلْكُ عنه ، لمَا عاد[32] بعَجْزِه ، كما لو أُعْتِقَ .

فصل : وإذا مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها أو بعضَه ، فانْفَسَخَ نِكاحُها ، فليس ذلك بطلاقٍ ، فمتى أعْتَقَتْهُ[33] ، ثم تزوَّجَها ، لم تُحْتَسَبْ عليه بتَطْلِيقةٍ . [34]وبهذا قال الحَكَمُ ، وحمَّادٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وإسحاقُ . وقال الحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، والأوْزاعىُّ : هى تَطْلِيقةٌ[34] . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّه لم يَلْفِظْ بطَلاقٍ صريحٍ ولا كِنايةٍ ، وإنَّما انْفَسَخَ النِّكاحُ بوُجُودِ ما يُنافِيه ، فأشْبَهَ انْفِساخَه بإسْلامِ أحَدِهِما أو رِدَّتِه. ولو مَلَكَ الرجلُ بعضَ زَوْجَتِه، انفسخَ نِكاحُها، / وحَرُمَ وَطْؤُها، فى قولِ عامَّةِ المُفْتِين ، حتى يَسْتَخْلِصَها ، فتَحِلَّ له بمِلْكِ اليمينِ . ورُوِىَ[35] عن قَتادةَ أنَّه قال : لم يَزِدْه مِلْكُه فيها إلَّا قُرْبًا . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَبْقَى فى بَعْضِها ، ومِلْكَه لم يَتِمَّ عليها ، ولا يَثْبُتُ الحِلُّ فيما لا يَمْلِكُه ولا نِكاحَ فيه .

٧٣/٧ ظ

فصل : ولا يجوزُ للرجلِ وَطْءُ جاريةِ ابْنِه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[36] . وليست هذه زَوْجةً له ، ولا مَمْلُوكَتَه[37] ، ولأنَّه يَحِلُّ لابْنِه

---

(٣٠) فى م : « لا » .
(٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٤ .
(٣٢) فى الأصل : « زال » .
(٣٣) فى م : « أعتقه » .
(٣٤ - ٣٤) سقط من : ب . نقل نظر .
(٣٥) فى ب ، م : « روى » .
(٣٦) سورة المؤمنون ٦ وسورة المعارج ٣٠ .
(٣٧) فى الأصل ، ب : « مملوكة » .

وَطْؤُها ، ولا تَحِلُّ المرأةُ لِرَجُلَيْنِ . فإن وَطِئَها ، فلا حَدَّ عليه . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال داودُ : يُحَدُّ . وقال بعضُ الشّافعيَّةِ : إن كان ابْنُه وَطِئَها حُدَّ ؛ لأنَّها مُحَرَّمةٌ عليه على التَّأْبِيدِ . ولَنا ، أنَّ له فيها شُبْهةً ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمالُكَ لِأَبِيكَ » . والحَدُّ يُدْرَأُ بالشُّبهاتِ ، ولأنَّ الأبَ لا يُقْتَلُ بقَتْلِ ابنِه ، والقِصاصُ حَقُّ آدَمِيٍّ ، فإذا سَقَطَ بشُبْهةِ[38] المِلْكِ ، فالحَدُّ الذى هو حَقُّ اللهِ تعالى بطريقِ الأَوْلَى ، ولأنَّه لا يُقْطَعُ بسَرِقةِ مالِه ، ولا يُحَدُّ بقَذْفِه ، فكذلك لا يُحَدُّ بالزِّنَى بجارِيَتِه . فإذا ثَبتَ هذا ، فإنَّها تُحَرَّمُ على الابْنِ على التأْبِيدِ . وإن كان الابْنُ قد[39] وَطِئَها ، حُرِّمَتْ عليهما على التأْبِيدِ . وإذا لم تَعْلَقْ من الأَبِ ، لم يَزُلْ مِلْكُ الابْنِ عنها ، ولم يَلْزَمْه قِيمَتُها . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه ضَمانُها ؛ لأنَّه أَتْلَفَها عليه ، وحَرَمَه وَطْأَهَا ، فأَشْبَهَ ما لو قَتَلَها[40] . ولَنا ، أنَّه لم يُخْرِجْها عن مِلْكِه ، ولم تَنْقُصْ قِيمَتُها ، فأَشْبَهَ ما لو أَرْضَعَتْها[41] امْرأَتُه ، فإنَّها تُحَرَّمُ على الابْنِ ، ولا يَجِبُ له ضَمانُها . وإن عَلِقَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، يَلْحَقُ به النَّسَبُ ؛ لأنَّه من وَطْءٍ لا يَجِبُ به الحَدُّ ، لأَجْلِ الشُّبهةِ ، فأَشْبَه وَلَدَ الجارِيةِ المُشْتَرَكةِ ، وتَصِيرُ الجارِيةُ أُمَّ وَلَدٍ للأَبِ . وقال الشافعيُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها غيرُ مَمْلُوكةٍ له ، فأَشْبَهَ ما لو وَطِئَ جارِيةَ أجنبىٍّ بشُبْهةٍ . ولَنا ، أنَّها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ لأَجلِ المِلْكِ ، فأَشْبهتِ الجارِيةَ المُشْتَرَكةَ إذا كان مُوسِرًا . قال أصحابُنا : ولا يَلْزَمُ الأَبَ قِيمةُ الجارِيةِ ، ولا قِيمةُ وَلَدِها ولا مَهْرُها . وقال الشافعىُّ : يَلْزَمُه ذلك كلُّه ، إذا حُكِمَ بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ . وهذا يَنْبَنِى[42] على أصْلٍ ، وهو أنَّ للأَبِ أن يتَمَلَّكَ من مالِ وَلَدِه ما شاءَ ، وأنَّه ليس للابْنِ مُطَالبةُ أبِيه بدَيْنٍ له عليه ، ولا قِيمةِ مُتْلَفٍ ، وعندَهم بخِلافِ

---

(38) فى الأصل ، ب : « لشبهة » .

(39) سقط من : ب .

(40) فى ا ، ب ، م : « قبلها » .

(41) فى ب ، م : « أرضعها » .

(42) فى م : « يبنى » .

ذلك ، وهذا يُذْكَرُ في موضعٍ آخَرَ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : وإن وَطِئَ الابْنُ جاريةَ أبيه ، عالِمًا بتحْرِيمِ ذلك ، فعليه الحَدُّ ، ولا يَلْحَقُه النَّسَبُ ، ولا تَصِيرُ به الجاريةُ أمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه لا مِلْكَ / له ، ولا شُبْهةَ مِلْكٍ ، فأشْبَهَ وَطْءَ الأجْنَبِيَّةِ ، وكذلك سائرُ الأقارِبِ .

٧٤/٧و

فصل : وإن وَطِئَ الأبُ وابْنُه جاريةَ الابْنِ في طُهْرٍ واحدٍ ، فأتَتْ بوَلَدٍ أُرِيَ القافةَ ، فأُلْحِقَ بمن ألْحَقَتْه به منهما ، وصارتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، كما لو انْفردَ بوَطْئِها . وإن ألْحَقَتْه بهما ، [٤٣]لَحِقَ بهما[٤٣] . وإن أوْلَدَها أحدُهُما بعدَ الآخَرِ ، فهي أُمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ منهما خاصّةً ؛ لأنَّها بوِلَادَتِها منه صارت له أُمَّ وَلَدٍ ، لِانْفِرادِه بإيلادِها ، فلا تَنْتَقِلُ[٤٤] بعدَ ذلك إلى غيرِه ؛ لأنَّ أُمَّ الوَلَدِ لا يَنْتَقِلُ[٤٥] المِلْكُ فيها إلى غيرِ مالِكِها . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ، في رَجُلٍ وَقَعَ على جاريةِ ابنِه ، فإن كان الأبُ قابِضًا لها ، ولم يكُنْ الابْنُ وَطِئَها ، فأحْبَلَها الأبُ ، فالوَلَدُ وَلَدُه ، والجاريةُ له ، وليس للابْنِ فيها شيءٌ . قال القاضي : ظاهِرُ هذا أنَّ الابْنَ إن كان وَطِئَها ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ للأبِ ، لأنَّه يَحْرُمُ عليه وَطْؤُها وأخْذُها ، فتكونُ قد عَلِقَتْ بمَمْلُوكٍ . وإن كان الأبُ قَبَضَها ، ولم يكُنِ الابنُ وَطِئَها ، مَلَكَها ؛ لأنَّ للأبِ أن يأْخُذَ من مالِ وَلَدِه ما زاد على قَدْرِ نَفَقَتِه ، ولم تَتعلَّقْ به حاجَتُه ، فيتَمَلَّكُه .

(٤٣ – ٤٣) سقط من : ا ، م .

(٤٤) في م : « تنقل » .

(٤٥) في م : « ينقل » .

فهرس

الجزء التاسع

كتاب الفرائض

باب أصول سهام الفرائض التى تعول

باب الجدات

باب من يرث من الرجال والنساء

باب ميراث الجد

باب ذوى الأرحام

باب ميراث الولاء

كتاب الوديعة

كتاب النكاح

باب ما يحرّم نكاحه ، والجمع بينه ، وغير ذلك

آخر الجزء التاسع
ويليه الجزء العاشر ، وأوله :
باب نكاح أهل الشرك
والحمدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ